



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE COMPARATIVA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS
PORTUGUÊS E BRASILEIRO, EM UMA PERSPETIVA LEGISLATIVA,
JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA, ACERCA DA RESPONSABILIDADE
DO PODER PÚBLICO, NA CONDIÇÃO DE “UTILIZADOR”, EM CASOS DE
INADIMPLENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS TRABALHISTAS POR
PARTE DAS EMPRESAS DE TRABALHO TEMPORÁRIO.**

Autor

EDSON FLÁVIO DOS SANTOS LOPES

Mestrado Profissional em Ciências Jurídico Empresariais

Professor Orientador

Professor Doutor Guilherme Dray

2019

Sumário

I - Resumo:	4
I - Summary:.....	6
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	8
1.1 Dados iniciais.....	8
1.1.1 Tema	8
1.1.2 Objetivos.....	8
1.1.3 Justificativa.....	9
1.2 Descrição da Metodologia.	14
1.3 Terceirização, Contrato Temporário e Outsourcing	16
1.4 Origens, vantagens e críticas.....	17
1.5 O trabalho temporário no ordenamento português	22
1.5.1 Fundamentação e características	22
1.5.2 Motivação para a contratação	24
1.5.3 A exigência de caução	26
2 TRABALHO TEMPORÁRIO	27
2.1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	27
2.1.1 Trabalho Temporário <i>versus</i> Terceirização	27
2.1.2 Quarteirização.....	28
2.1.3 Terceirização ilícita	30
2.1.4 Terceirização X Serviço Público	33
2.2 <i>OUTSOURCING</i> EM PORTUGAL	39
2.2.1 Considerações complementares.....	39
2.2.2 <i>Outsourcing</i> e Serviço Público	49
2.3 Mecanismos de proteção ao trabalhador temporário previstos no Código do Trabalho português	56
2.4 Responsabilização do Poder Público	60
2.4.1 Obrigações da Empresa de Trabalho Temporário	60
2.4.2 Responsabilidade Civil Pública	67
3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA.....	83
3.1 Brasil - Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010	83
3.2 O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho – TST	84
3.2.1 Principais ideias dos votos condutores da ADC	86
3.2.2 Análise crítica das decisões	89
3.3 Os efeitos da ADC 16/2010 junto ao TST	94

3.4	O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF na decisão do Recurso Extraordinário 760.931, do Distrito Federal, datada de 26/04/2017 que avaliou a responsabilidade do Poder Público nesse tipo de contratação.	100
3.5	O caso português.....	105
4	CONCLUSÕES.....	107
4.1	Terceirização no Brasil	107
4.2	Trabalho Temporário em Portugal.....	109
5	BIBLIOGRAFIA.....	113

I - Resumo:

Esta pesquisa tem como escopo analisar, por intermédio de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, a desenvolver-se nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, os efeitos da omissão administrativa no poder ou dever de fiscalizar a execução de contratos de transferência temporária de mão de obra, no que concerne ao cumprimento de leis e regulamentos administrativos por parte das empresas contratadas, bem como a satisfação de todas as obrigações legais ou contratuais por parte destas, nas situações em que esta omissão administrativa vem a acarretar reais prejuízos aos trabalhadores que tiveram sua força de trabalho cedida Poder Público. O prejuízo em questão diz respeito ao inadimplemento das verbas de caráter salarial ou rescisório pelas empresas contratadas para a cessão temporária e onerosa de trabalhadores.

No Brasil, o entendimento jurisprudencial sofreu recente e marcante alteração, tendo sido afastada a prática, então corrente, da responsabilização automática do Poder Público. Assim, após a reformulação do entendimento jurisprudencial pela Corte Constitucional brasileira, ficou consagrada a necessidade do Poder Público de demonstrar ter exercido, de fato, o seu dever fiscalizatório. Sempre que a Administração Pública obtenha êxito na comprovação da aferição contemporânea do cumprimento, por parte da empresa de terceirização, de todos os seus deveres legais, administrativos e contratuais, deverá ser eximida da responsabilização judicial subsidiária à do empregador formal.

No desenrolar desta pesquisa, os fundamentos dessa responsabilização serão exaustivamente identificados.

Em Portugal, verificou-se a existência de vários mecanismos vocacionados à proteção do hipossuficiente no Código do Trabalho e legislação correlata. A atividade administrativa portuguesa foi objeto de alterações, já não tão recentes, com a entrada em vigor de um novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de Direito Público, o RRCEE. Nesse ordenamento, a análise jurisprudencial não identificou decisões que tenham imputado a responsabilização do ente contratante, não tendo sido possível, entretanto, aferir se a ausência de julgados dessa natureza decorre da eficácia dos mecanismos legais vigentes na proteção do trabalhador

temporário ou se a atividade jurisdicional deste país necessita caminhar em passos ainda mais apressados.

A pesquisa conclui pela existência de mecanismos jurídicos hábeis à justificar a responsabilização do Poder Público português, caso os mecanismos protetivos do trabalhador temporário ou dos trabalhadores em geral, ambos existentes no vigente Código do Trabalho, não se mostrem hábeis a evitar situações de inadimplência em desfavor dos trabalhadores temporários.

Palavras chave: Trabalho Temporário. Verbas. Inadimplemento. Responsabilidade Civil.

I - Summary:

The scope of this research is to analyze, through a bibliographical and jurisprudential survey, to develop in the Portuguese and Brazilian legal systems, the effects of administrative omission in the power or duty to supervise the execution of Contracts for temporary transfer of labor, in respect of compliance with administrative laws and regulations by contracted companies, as well as the satisfaction of all legal or contractual obligations on their part, in situations where This administrative omission is causing real damage to the workers who had their workforce ceded to public power. The injury in question relates to the default of wage or rescission monies by companies contracted for the temporary and onerous assignment of workers.

In Brazil, the jurisprudential understanding has undergone a recent and remarkable alteration, having been removed from the practice, then current, of the automatic accountability of the public power. Thus, after the reformulation of the jurisprudential understanding by the Brazilian Constitutional Court, the need of the public power to demonstrate having exercised, in fact, its supervisory duty was consecrated. Whenever the public administration succeeds in proving the contemporary verification of compliance by the outsourcing company of all its legal, administrative and contractual duties, it must be eximied from the judicial accountability Subsidiary to that of the formal employer.

In the course of this research, the fundamentals of this accountability will be exhaustively identified.

In Portugal, it was verified the existence of several mechanisms aimed at the protection of the hypossficient in the Labor Code and correlates legislation. The Portuguese administrative activity was the subject of changes, not so recent, with the entry into force of a new regime of non-contractual civil liability of the State and other legal persons in public law, the RRCEE. In this planning, the jurisprudential analysis did not identify decisions that have imputed the responsibility of the Contracting Party, and it was not possible, however, to assess whether the absence of such judgments stems from the effectiveness of the legal mechanisms In the protection of the temporary worker or if the judicial activity of this country needs to walk in even more hasty steps.

The research concludes by the existence of skillful legal mechanisms to justify the accountability of the Portuguese public power, if the protective mechanisms of the temporary worker or of the workers in general, both existing in the current Labour Code, do not be able to avoid situations of delinquency in the disfavor of temporary workers.

Keywords: Temporary Work. Labor's Credits. No payment. Accountability.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 Dados iniciais

1.1.1 Tema

Análise comparativa dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, em uma perspectiva legislativa, jurisprudencial e doutrinária, acerca da responsabilidade do Poder Público, na condição de “utilizador”, em casos de inadimplemento das verbas rescisórias trabalhistas por parte das empresas de trabalho temporário.

1.1.2 Objetivos

A investigação a que nos propomos almeja uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro no que concerne a uma particularidade dos “contratos de trabalho temporários”. Trata-se de contratos previstos no art. 172º e seguintes do Código do Trabalho Português, assim como nas alterações constantes das recém sancionadas Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 e Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Estas modificaram a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros no Brasil.

Nossa abordagem diz respeito à responsabilidade do “utilizador” (empresa privada ou Órgão Público que figurem na condição de “tomador do serviço”), caso este esteja inserido no conceito de Administração Pública, em situações de eventuais inadimplementos de créditos trabalhistas e encargos sociais, correspondentes à relação empregatícia por parte da empresa de trabalho temporário (empresa de terceirização de mão de obra no direito brasileiro), após o término do contrato de trabalho.

Importa refletirmos sobre as seguintes questões: em quais situações os entes públicos podem vir a ser responsabilizados em decorrência de contratos de trabalho temporários em Portugal e no Brasil? O ente público pode ser responsabilizado por tais pagamentos, caso a empresa de trabalho temporário não disponha de meios suficientes para fazê-lo? Qual o alcance dessa responsabilidade?

1.1.3 Justificativa

O direito laboral, como os demais ramos da ciência jurídica, encontra-se em constante evolução, a acompanhar as mutações vivenciadas pelas sociedades nos mais variados ordenamentos jurídicos. Em um cenário de economias globalizadas, a dinâmica empresarial acaba por romper com os tradicionais paradigmas organizacionais com intuito de reduzir os custos operacionais e propiciar um melhor atendimento às necessidades de seu público consumidor. O modo de execução de determinada atividade produtiva nos dias de hoje, em muitos casos, não é o mesmo que se verificava há cem ou duzentos anos. Mesmo que os constantes e surpreendentes avanços tecnológicos venham a substituir a atividade humana em vários segmentos produtivos, ainda assim a figura do trabalhador se faz presente e necessária na grande parte dos negócios.

As relações do trabalho, por sua vez, não ficam inertes a esse movimento de constante transformação, subjacente à busca por maior lucratividade nas atividades empresariais, industriais e de prestação de serviços. Essa transformação e simultâneas condições de trabalho têm sido claramente identificadas pelos doutrinadores trabalhistas:

*O Direito do Trabalho não é neutral – ele visa, como se viu, a proteção do trabalhador, enquanto contraente mais débil. Está finalisticamente orientado para esse efeito e foi originariamente concebido com esse desiderato, ainda que o mesmo possa e deva atualizar-se face à nova realidade que o circunda*¹.

Os tradicionais contratos de trabalho por prazo indeterminado possuem, entretanto, formalismo extremamente complexo. Obrigam as empresas a proceder a registros, a adotar complexas rotinas administrativas, a recolher pesados tributos, a assumir inúmeras responsabilidades que decorrem da relação empregatícia e que implicam em ônus importantes aos empregadores. As médias e grandes empresas necessitam montar, estruturar e manter departamentos específicos. Além de contratar vários empregados para compô-los, necessita investir em qualificação dos empregados, na aquisição de equipamentos e *softwares* constantemente atualizados com a finalidade exclusiva de gerir seu corpo funcional e as responsabilidades que emanam de cada relação jurídica trabalhista.

¹ DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador* – Edições Almedina, 2015, pág. 319

Em oposição a essa situação de rigidez e elevados custos, surge a flexibilização decorrente da opção pela terceirização e pelo contrato de trabalho temporário. A acirrada competitividade, efetivamente, entre as diversas empresas em setores importantes da economia trouxe a necessidade empresarial de encontrar fórmulas que persigam constantemente a redução dos custos de produção. Nesse contexto, a terceirização surge da necessidade de reformulação dos fatores de produção, obtida também por intermédio da flexibilização de alguns direitos trabalhistas ².

“A terceirização consolidou-se como um dos mecanismos mais importantes do direito do trabalho na atualidade, pois atende bem às demandas de um mercado cada vez mais dinâmico e pulsante que aspira por ideias capazes de aumentar a produtividade, ao mesmo tempo em que reduz despesas e, conseqüentemente, amplia também a margem de lucros” ³.

Enquanto ferramenta de gestão, por sua vez, o contrato de trabalho temporário pode propiciar à empresa utilizadora da mão de obra a redução de vários custos operacionais por afastar-se do princípio jurídico laborativo da segurança no emprego, fundamental à continuidade das relações laborais no ordenamento brasileiro. Sem dúvida que, em muitas situações, esse aspecto pode fazer uma grande diferença para o tomador dos serviços.

No cenário econômico europeu, que respeita diretamente ao caso português, observa-se que o trabalho temporário é um fenômeno em constante expansão:

O trabalho temporário insere-se num fenómeno geral de flexibilização da relação de trabalho. Recordar-se que segundo a referida Exposição de motivos da recente Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às condições de trabalho dos trabalhadores temporários, apresentada pela Comissão em 20 de Março de 2002, nos últimos dez anos o trabalho temporário na Europa não parou de aumentar, com uma taxa de crescimento anual estimada em 10% entre 1991 e 1998, apesar de a sua percentagem relativamente ao emprego total

² Nesse sentido, *A responsabilidade subsidiária da Administração Pública na Justiça do Trabalho. A evolução do entendimento do Tribunal Superior Trabalhista*. FERREIRA, Ronaldo Nunes. Revista Âmbito Jurídico, pág. 1.

³ *Terceirização no serviço público e a responsabilidade da Administração: a ADC 16 e os novos rumos da Súmula 331 do TST*. DE OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques. Revista Jurídica da Presidência. Brasília v. 14 n. 104. Out. 2012/Jan. 2013, pag. 757.

permanecer ainda reduzida (2.1 milhões de pessoas numa média equivalente em tempo inteiro, ou seja, 1.4% do emprego total na Europa em 1998) ⁴.

Na legislação portuguesa, tais contratos de trabalho não podem exceder a dois anos de duração, segundo artigo 182º, números 3 e 4 do Código do Trabalho. O recurso a essa modalidade contratual só pode ocorrer em situações específicas, materialmente estabelecidas. Mas, como se desenvolvem esses contratos no ordenamento jurídico brasileiro? Haverá as mesmas restrições? Nisto detivemo-nos ao longo de nossa investigação, em que nos propusemos identificar semelhanças e destacar eventuais diferenças

No ordenamento jurídico português e no brasileiro, à partida, será relevante verificar que as consequências do rompimento imotivado das relações laborais não deixam de se mostrar onerosas e sujeitas a requisitos e formalidades rígidos. E que, por via de regra, os entraves operacionais ocasionados pela formalidade da tradicional relação jurídico laboral, além dos encargos sociais dela decorrentes, são transferidos à empresa de trabalho temporário, o que torna a terceirização muito atrativa para muitas das empresas formalmente responsáveis pela contratação.

Impende também ressaltar, desde já, que o recurso ao trabalho temporário se reveste de caráter de exceção em ambos os ordenamentos. O recurso a tal modalidade é aceito apenas para atendimento de necessidades prementes e transitórias empresariais, dada a existência de princípios que consagram a determinabilidade dessa sorte de contratação. Não será despiciente, acreditamos, aprofundar as questões sobre este tema e verificar que, hipoteticamente, as possibilidades de utilização dessa modalidade de contrato de trabalho podem ser semelhantes em alguns momentos e, em outros, ter vertentes diversas.

Sabe-se que, entre os doutrinadores portugueses, ao ser abordado o tema, é usual a utilização da expressão *outsourcing* para designar a relação de trabalho temporário, a despeito do trabalho temporário corresponder a apenas uma das modalidades contratuais por meio das quais o instituto se concretiza. Como muito já foi escrito acerca do *outsourcing* no ordenamento português e por sustentarmos a possibilidade de apreciação da situação hipotética investigada com recurso a este termo, a expressão anglo-saxônica

⁴ DRAY, Guilherme. *Trabalho Temporário*. In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol IV. Almedina, pág. 105.

será utilizada para designar, aqui, como o fazem vários autores locais, a contratação de trabalho temporário.

Esclareçamos que, em ambas as situações (tanto na *terceirização*, termo frequentemente utilizado no Brasil, quanto no *trabalho temporário*, termo utilizado em Portugal), as relações jurídicas em análise são marcadas pela existência de três partes distintas, quais sejam: a “empresa de trabalho temporário” ou “empresa de terceirização” (quem irá realizar a contratação formal do trabalhador, respondendo pelo pagamento de salários, encargos sociais e verbas rescisórias)⁵; o “utilizador” ou “tomador dos serviços” (empresa que usufruirá da força de trabalho, tendo como contraprestação a obrigação de pagar montante ajustado à empresa de trabalho temporário) e o “empregado”, que, a despeito de ter sido contratado por uma pessoa jurídica, a empresa de trabalho temporário, emprestará sua força de trabalho a pessoa jurídica distinta, ao utilizador.

Nas palavras de Guilherme Dray⁶:

No trabalho temporário, descortinam-se dois negócios jurídicos bilaterais e três sujeitos: por um lado, duas entidades que partilham entre si os poderes típicos do empregador; no polo oposto, um único trabalhador, contratado por uma empresa de trabalho temporário (ETT) para ser cedido temporária e onerosamente a um terceiro beneficiário.

Ocorre que, ainda que exceccionalmente, em Portugal, a empresa de trabalho temporário pode vir a enfrentar situações de dificuldades financeiras e, nesse contexto,

⁵ A ETT contrata, remunera, cumpre as obrigações para com a segurança social, subscreve o seguro contra acidentes de trabalho e exerce (potencialmente) o poder disciplinar sobre o trabalhador temporário, cedendo-o onerosamente ao utilizador, este, por último, por sua vez, por delegação da ETT e por força da lei, exerce sobre o trabalhador os poderes de direção próprios do empregador, designadamente os poderes determinativo e conformativo da prestação, ficando o trabalhador temporário sujeito ao regime de trabalho aplicável ao utilizador, no que respeita ao modo, lugar, duração e suspensão da prestação de trabalho, higiene, segurança e medicina no trabalho e acesso aos seus equipamentos sociais. O trabalhador temporário, em suma, é contratado pela ETT, mas presta a sua atividade em benefício direto do utilizador. Assim, apesar de se ter por adquirido, quer em termos doutrinários que em nível jurisprudencial, que a titularidade do vínculo jurídico-laboral é da ETT, parece igualmente clara e inequívoca a existência de uma cisão ou diluição da posição patronal: compete a ETT o cumprimento da quase totalidade das obrigações patronais, bem como o exercício do poder disciplinar, e ao utilizador o exercício do poder de direção... ...Por essa razão, face à precariedade da posição do trabalhador temporário, que não se integra, nem nos quadros da entidade onde presta a sua atividade, nem (no caso do contrato de trabalho temporário) nos daquela que o contratou, o regime jurídico do trabalho temporário, desde os seus primórdios (i. e., desde a sua aprovação, entre nós, do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17-10), é movido por uma preocupação fundamental de garantir a “clarificação do exercício da atividade” e a “proteção social” dos trabalhadores temporários. DRAY, Guilherme et all. Código do Trabalho Anotado. Ed. Almedina. Coimbra, 2016, pág. 452.

⁶ DRAY, Guilherme. *Op. cit.* pág. 102.

ela pode deixar de adimplir, diante da insuficiência de patrimônio, os créditos rescisórios trabalhistas. Na realidade brasileira, isto não é incomum de ocorrer. Sabe-se que, em Portugal, o trabalho temporário recebe uma proteção acrescida por haver nesse ordenamento uma exigência legal à obtenção da licença de funcionamento pelas empresas de trabalho temporário; qual seja: a constituição de uma caução em favor do Instituto do Emprego e Formação Profissional, provisão esta que suportará eventuais despesas salariais e rescisórias inadimplidas pela empresa de trabalho temporário (terceirizadora).

O trabalhador, enquanto hipossuficiente nas relações de emprego, recebe forte proteção em ambos os ordenamentos jurídicos investigados. Mas, ele restaria desprovido de proteção na situação objeto da presente pesquisa?

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema recebeu recente análise por parte de sua corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar, sob duas vertentes, a responsabilidade do Poder Público quanto a tais verbas ⁷. Cabe-nos investigar as novas perspectivas jurídicas derivadas dos entendimentos proferidos pela corte suprema brasileira, as quais servirão de paradigma para as demais decisões judiciais acerca do tema no país, dado o seu efeito vinculante.

Como mencionado anteriormente, a responsabilidade primeira pelo pagamento dos salários, encargos sociais e verbas rescisórias decorrentes da relação de emprego ficam a cargo da empresa de trabalho temporário, a contratante formal do trabalhador. Entretanto, situações de inadimplemento não são impossíveis. Mesmo em Portugal, talvez não seja difícil concluir que a caução exigida pelas entidades licenciadoras da atividade possa não vir a suportar integralmente o adimplemento das verbas salariais e parcelas rescisórias de uma despedida coletiva de contingente expressivo de trabalhadores, por exemplo.

Nessas situações, perante o trabalhador frustrado em sua expectativa de recebimento de parcelas de natureza alimentar, haveria a responsabilização do Poder Público? Sob qual fundamento pode surgir o dever de indenizar? Não se pode perder de vista que a empresa tomadora dos serviços terá sido diretamente beneficiada pela força de trabalho do empregado terceirizado ou temporário, e já terá pago por isto; cabe-nos frisar. Por sua vez, como ficaria a situação de um empregado dispensado, cuja empresa ou a caução exigida para o seu funcionamento não contenham bens e valores suficientes para saldar a todo o passivo trabalhista, inclusive o seu próprio?

⁷ Por meio dos julgamentos da ADC 16/2010-DF e do REExt 760.931 (de 26.04.2017).

Poderá vir do direito civil a resposta para estas indagações, pois a fixação de responsabilidade civil estará diretamente atrelada à comprovação da existência de um dano, à verificação de culpa em qualquer das suas modalidades (*in comittendo* ou *in omittendo*) e ao nexo causal existente entre o dano e a ação ou omissão do agente, a ser demonstrado por uma das partes. Assim, para a situação hipotética investigada, eventual atribuição, ao utilizador, do dever de indenizar o trabalhador, pressuporia a demonstração de culpa na celebração (licitação) ou no acompanhamento da execução contratual (supervisão).

Contudo, em uma demanda trabalhista em que esteja em questão uma situação jurídica com a conformação acima indicada, a quem caberá o ônus de comprovar essa culpa na supervisão contratual? O trabalhador possuiria reais condições de demonstrar a omissão do utilizador? E se esse utilizador fizer parte do conceito de Poder Público ou, dito de outra forma, compuser a chamada Administração Pública? O tratamento será o mesmo aplicável aos particulares? O interesse público, de algum modo, inviabilizaria a assunção de responsabilidades pelo utilizador público? Em caso afirmativo, a ausência de responsabilidade não implicaria em um enriquecimento sem causa ou a um locupletamento ilícito por parte do tomador dos serviços?

A análise a que nos propomos busca respostas a essas questões. Neste sentido, acerca do entendimento jurídico corrente nos ordenamentos eleitos, pretende traçar um panorama atual e aferir se a proteção, que cabe ao hipossuficiente na relação empregatícia em foco, mostra-se adequada, eficaz e coerente aos princípios gerais protetivos da relação de emprego em cada uma das realidades jurídicas estudadas.

1.2 Descrição da Metodologia.

O objeto da presente pesquisa está atrelado à figura do contrato de trabalho temporário. O tratamento do tema de nossa investigação orientou-nos para uma perspectiva comparatista entre Brasil e Portugal. Foi conduzida uma investigação legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, sem expectativa de ser exaustiva e esgotar um tema profícuo e instigante, que, nos limites da análise proposta, não se restringe ao campo do Direito do Trabalho, alcançando os Direitos Administrativo e Civil.

Como esta pesquisa almeja analisar os níveis de responsabilidade atribuídos às empresas tomadoras dos serviços, levando em contas as experiências dos ordenamentos jurídicos eleitos, em situações de inadimplemento das verbas pelas empresas de trabalho temporário, elaborou-se uma abordagem especulativa, desenvolvida e aplicada paulatinamente, a espelhar as realidades encontradas.

Subsidiou nossa investigação a construção de um roteiro de questões subordinadas à temática geral escolhida, isto é, a da responsabilização do “utilizador” ou “tomador de serviços” na relação de trabalho temporário em um e outro país. Isto foi necessário para obter respostas a cada subtema, sob a ótica da produção científica e jurisprudencial alusiva a cada realidade analisada ⁸. Assim, à exceção das considerações iniciais acerca do tema, os diversos capítulos e respectivos tópicos ora estarão voltados para a realidade portuguesa, ora com os olhos fixos no Brasil.

O cenário brasileiro recebeu uma análise suplementar, que correspondeu a um capítulo especial, acerca das recentes decisões proferidas pela corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal – STF ⁹. Quanto a estas, não tivemos a pretensão de aferir a coerência jurídica dos posicionamentos adotados, mas apreender vias que possam conduzir a novas perspectivas ao tema investigado.

No ordenamento português, nossa investigação jurisprudencial não conseguiu identificar qualquer decisão que respondesse ao tema investigado, não querendo isto significar a inexistência de julgados dessa natureza. Abriam-se, portanto, novos questionamentos e a perspectiva de ampliar a busca para o melhor entendimento sobre a realidade portuguesa.

⁸ Por vezes, algumas considerações podem soar como repetitivas, mas se mostram necessárias ao sentir do autor pois, a despeito das profundas semelhanças jurídicas entre os ordenamentos eleitos, similitude e igualdade são conceitos que não se confundem.

⁹ As decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, a corte constitucional brasileira, que tratam do tema eleito naquele ordenamento.

1.3 Terceirização, Contrato Temporário e Outsourcing

O contrato de trabalho temporário no direito brasileiro é regido pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que sofreu recentes alterações ¹⁰. Todo o trabalho que é intermediado por uma terceira pessoa jurídica, distinta das figuras do tomador dos serviços e do empregado, é chamado genericamente de “trabalho terceirizado”. Esta situação jurídica apresenta a peculiaridade de possuir uma terceira figura, não existente na relação de emprego convencional, geralmente marcada pela bilateralidade.

A contratação é operacionalizada da seguinte forma: uma empresa que necessita contratar mão de obra, conhecida juridicamente em Portugal como “utilizador” e, no Brasil, como empresa “tomadora dos serviços”, ao invés de contratar diretamente o empregado, por questões de logística empresarial, decide contratar uma outra pessoa jurídica a quem caberá selecionar empregados para determinado segmento de atividade e emprestar-lhe a força de trabalho desse contingente de trabalhadores, por determinado período, em troca da retribuição ajustada. Essa pessoa jurídica recebe a denominação de “empresa de trabalho temporário” no direito laboral português e de “empresa de terceirização de mão de obra” no direito brasileiro.

Quais os vínculos então criados? Um primeiro vínculo jurídico é formado entre o “utilizador” e a “empresa de trabalho temporário”, em um contrato de natureza civil, em se tratando de duas empresas privadas, ou em ajuste de natureza administrativa, caso o utilizador componha a Administração Pública. Um segundo liame jurídico será formado entre a empresa de trabalho temporário e o “empregado” por ela contratado, em um vínculo jurídico laborativo. A força de trabalho será “cedida”¹¹, transferida ao “utilizador” por força do contrato ¹² ¹³. O que se verifica, efetivamente, é que o tomador dos serviços e o empregado não possuem liame jurídico que os una de modo direto, especialmente quando o tomador dos serviços compõe a Administração Pública.

Sendo o Poder Público o tomador dos serviços, o contrato celebrado estará sujeito às prescrições da Lei no. 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos - no

¹⁰ Alterações operadas por meio das recém sancionadas Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 e Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

¹¹ Portugal. O artigo 172.º do Código do Trabalho utiliza a expressão “*cedência temporária de trabalhador*”

¹² Denominado “*contrato de utilização de trabalho temporário*” no artigo 172.º, c, do Código do Trabalho Português

¹³ Nesse sentido JORGE NETO, Francisco Ferreira et CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *A terceirização, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/17*. Revista GEN Jurídico. Jan/2018, pág. 4.

direito brasileiro e do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro em Portugal – Código dos Contratos Públicos - CCP.

1.4 Origens, vantagens e críticas

O surgimento da terceirização está historicamente marcado pela crise econômica dos anos 70 do século passado, quando empresas passaram a terceiros os serviços que não se constituíam suas atividades-fim. Com intuito de fazer uma breve alusão ao surgimento do fenômeno da terceirização no Brasil, vale destacar fragmento da obra de Lara Bastos Abdala *et all*¹⁴, que nos informa que:

*até a chegada da terceirização, tinha-se como o principal modelo de produção o Fordismo, que foi substituído pelo Toyotismo. Enquanto, no primeiro havia a centralização em um único comando de todas as etapas de produção, de forma que a empresa dominava tanto as fontes de matéria-prima, quanto o sistema de transporte das suas mercadorias; no segundo, é mantido pela empresa apenas o negócio principal, já que a mesma se utiliza da desconcentração industrial para uma maior especialização. Com isto, fica claro que o aumento da prática da terceirização se deu justamente com estas renovações dos paradigmas de produção capitalista*¹⁵.

O modelo de produção denominado pelos economistas de *Fordismo*, em alusão ao padrão industrial automotivo estadunidense desenvolvido pelas indústrias *Ford*, possuía como característica fundamental concentrar, no próprio seio empresarial, todas as fases do processo produtivo, o que demandava a constituição de grandes estruturas, sendo elas produtivas ou mesmo voltadas à oferta de serviços. Já a vivência japonesa hoje denominada de *Toyotismo* (experiência da empresa *Toyota*), consiste em transferir a terceiras pessoas jurídicas a execução das tarefas tidas por acessórias ao processo produtivo principal, com o objetivo de reduzir e otimizar os custos e tornar mais ágil a produção dos bens ou serviços.

A origem da terceirização deve ser entendida no contexto histórico da Segunda Guerra Mundial, na qual foi necessário suprir o excesso de demanda na

¹⁴ ABDALA, Lara Bastos *et* BARRETO, Lucas Hayne Dantas denominada “a Súmula 331 do TST, a ADC 16 e a fiscalização de contratos pela Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária”, pág. 171.

¹⁵ MARTINS, Raquel de Siqueira. *Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços*. Revista Âmbito Jurídico. Jan/2018, pág. 1.

indústria de armamentos. Neste cenário, a indústria optou por delegar algumas atividades acessórias, não ligadas diretamente a sua produção para terceiros, obtendo uma resposta mais rápida ao atendimento da demanda ¹⁶.

O contexto econômico global reclamava a adaptação das relações laborativas a um novo conceito de atividade empreendedora, dotada de estruturas mais enxutas e focadas na execução da atividade primordial do negócio, o que é denominado pelos economistas de “*core business*”.

Ronaldo Munk contextualiza a implementação desta “flexibilização” das normas trabalhistas na América Latina justificando-a pela *abertura das economias nacionais à globalização*, movimento que foi marcado pela *necessidade de flexibilidade para atender às mudanças nas condições do mercado e ao aumento da incerteza associada à concorrência global* ¹⁷.

Ana Maria Almeida Marques ¹⁸ nos ressalta o fato de que as circunstâncias que vieram a propiciar esse afrouxamento dos princípios protetivos do trabalhador no ordenamento brasileiro e, mesmo a nível mundial, são justificados pelo fenômeno da globalização que, sem sombra de dúvidas, *trouxe a desqualificação do papel do trabalhador frente às decisões sócio-políticas e econômicas, eivadas de interesses particularmente voltados à sobrevivência da ordem capital*. No sentir da doutrinadora, em um cenário de crise mundial em que o capital passa a ser o foco principal em detrimento dos direitos dos trabalhadores:

assiste-se a um enfraquecimento das relações laborais, cujos conflitos, sufocados pela obsolescência e passividade dos atores principais da relação – os trabalhadores e até o próprio Estado -, desvanece-se sob o manto das negociações numa era contornada por crises reconhecidas pela própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) e onde os indicadores sociais minguados, funcionam como pressão à classe trabalhadora que deve sucumbir às propostas flexibilizadoras das normas trabalhistas.

¹⁶ MARTINS, Raquel de Siqueira. *Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços*. Revista Âmbito Jurídico. Jan/2018, pág. 1.

¹⁷ Texto original em inglês. MUNCK, Ronaldo. *Latin American Perspectives*. Op. cit. pág. 8.

¹⁸ MARQUES, Ana Maria Almeida. *Mercado e princípio protetor: o antagônico mundo do Trabalho no Brasil*. Fortaleza: Centro Universitário Estácio do Ceará, 2017, pág. 55.

Lamentavelmente, o fenômeno da terceirização possui feições distintas, de acordo com a existência ou não mecanismos especiais de proteção ao trabalho temporário, conforme a consolidação legal das conquistas dos trabalhadores em cada ordenamento pesquisado.

No Brasil e na América Latina, a terceirização é alvo de inúmeras críticas, dada a fragilidade que o próprio ordenamento laborativo local deixa transparecer como reflexo de questões econômicas enfrentadas pelas indústrias e empresas de serviços nesses países¹⁹.

No Brasil se convive com crises valorativas decorrentes da história de sua própria formação enquanto Estado, que se constituiu a partir de episódios diversos que, em um contexto cujas complicações passam pelos campos sociais e da desorganização econômica, resultou em uma democracia plenamente exercida em sentido político, mas lacunosa e frágil no aspecto social.

Assim, a relação de trabalho ficou ainda mais precarizada em ambos os ordenamentos analisados com a inserção da figura do trabalho temporário.

Toda essa transformação, na América Latina, não foi motivo de comemoração, na visão de muitos estudiosos, eis que as economias locais, tidas por emergentes em um cenário globalizado, só possuiriam competitividade caso seguissem dois caminhos: ou alcançavam padrões de excelência que justificasse os valores por si praticados, ou, como ferramenta de persuasão, por meio da redução de preços obtida pelo enxugamento dos custos de produção, que passa também pela redução dos gastos com empregados.

Assim, novos conceitos de natureza econômica foram “apropriados” pelo direito do trabalho, à exemplo de expressões tais como “neomonetarismo”, “modelo de estabilização” ou “ajuste estrutural”^{20 21}.

¹⁹ MARQUES, Ana Maria Almeida. *Op.cit.* pág. 57.

²⁰ Sometime in the mid-1970s, a new economic model began to state-centered matrix that had dominated Latin America since the 1929 crisis. Whether it is called "neo-monetarism," a "stabilization model," or a "structural adjustment" program is less important than its outcome. The scale of the economic, social, and political transformations that have occurred makes it possible to compare the process with the great transformation described by Karl Polanyi (1957) over 50 years ago. Polanyi was concerned precisely with the rise of free-market economics and the social counter- movement it generated. In MUNCK, Ronaldo. *Latin American Perspectives*, Vol. 31, No. 4, *Globalization and Labor Flexibility: The Latin American Case(s)* (Jul., 2004), pág. 03 - Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/3184946>

²¹ Ana Maria Almeida Marques nos informa que, historicamente, o fenômeno “flexibilizatório” teve início na década de setenta “quando foi deflagrado um novo modelo de acumulação da ideologia capitalista, que reorganizou a lógica produtiva, empreendendo ações que resultaram em modos mais flexíveis de acumulação e de estabelecimento dos contratos de trabalho, investimento em gestão de pessoas,

Várias outras críticas são apontadas quanto ao instituto do trabalho temporário, em especial o enfraquecimento do poder de negociação do empregado, o qual, muitas vezes, vê desrespeitadas diversas conquistas até consagradas em lei, dada a distância física que o trabalhador terceirizado mantém de seu empregador formal e também diante das circunstâncias conjunturais econômicas enfrentadas pelos países em foco, as quais forçam as empresas a reduzir custos e perseguir uma produção em escala como mecanismo de superação de reiteradas crises e impulsionamento ao crescimento.

Alguns doutrinadores enxergam todo esse movimento de modo nada otimista:

Trata-se da tendência de precarização das condições de trabalho com o advento das terceirizações, o que se evidencia em perda salarial e de direitos, aumento da intensidade do trabalho e dos riscos à saúde do trabalhador, além de dificuldades enfrentadas pelos sindicatos para unificar as lutas comuns ²².

O trabalhador, muitas vezes sem possuir clareza quanto ao próprio sindicato que o representa, premido pela onda de desemprego que insiste em se fazer presente em ambos os ordenamentos investigados, passa a assumir uma posição de maior submissão às ordens e regras impostas pelo tomador dos serviços, de modo a assegurar a manutenção da relação de emprego ²³.

tecnologia, em políticas de marketing e endo-marketing, incremento de ferramentas da qualidade no cotidiano dos trabalhadores”. A autora vislumbra como consequências dessa transformação no mundo do trabalho, o incremento da “subcontratação, aumento de horas-extras, contratação de trabalhadores temporários, terceirização, eliminação do desperdício, horizontalização da hierarquia das organizações, trabalho part-time (se caracteriza pelo vínculo de trabalho temporário, pelo trabalho precarizado, em expansão na totalidade do mundo produtivo), downsizing (enxugamento dos efetivos), human resource management, empowerment (descentralização de poderes pelos vários níveis hierárquicos da empresa, o que se traduz em incentivos para a tomada de iniciativas em benefício da empresa como um todo), employee involvement (programas de envolvimento dos empregados baseados em políticas de Administração de Recursos Humanos utilizadas principalmente nas empresas praticantes de procedimentos da Gestão da Qualidade), just in time (sistema de Administração da produção que determina que nada deve ser produzido, transportado ou comprado antes da hora exata), kanban (em Administração da produção significa um cartão de sinalização que controla os fluxos de produção em uma indústria), contratos atípicos de trabalho com uma nítida debilitação da estabilidade. No sentir da doutrinadora, toda essa transformação se afasta da então corrente “estrutura produtiva baseada no binômio fordismo/taylorismo” para configurar o que os economistas passaram a denominar de Toyotismo. *Op. cit.* Pág. 67/68.

²² MARCELINO, Paula et CAVALCANTE, Sávio. *Por uma definição de terceirização*. Caderno CRH, vol. 25, núm. 65, maio-agosto, 2012, pp. 331-346. Universidade Federal da Bahia. Salvador, Brasil, pág. 332.

²³ *Segundo uma crítica corrente, o trabalho temporário produz a deterioração da taxa de emprego estável, na medida em que constitui um desincentivo à abertura de novos postos de trabalho. Através do recurso a ETT, as empresas têm a faculdade de suprir as suas carências de mão-de-obra sem alargar o quadro de efetivos, o que faz diminuir o surgimento de novas oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, refrear a oferta virtual ou retardar a oferta real de emprego. Por outro lado, o trabalho temporário conduz supostamente a um agravamento do desemprego, porquanto os postos de trabalho estáveis tendem, quando da sua vacatura, a ser preenchidos por trabalhadores com vínculo temporário*. REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Empresariais da Faculdade de Direito de Coimbra – 1992, pág. 98.

Alexandre Herculano Verçosa²⁴, na crítica ao fenômeno, compreende que toda essa transformação na relação de emprego, notadamente marcada pela distância física entre empregado e empregador, uma vez que este concorda em transferir a terceiros, mediante retribuição, a força de trabalho do trabalhador contratado. Isto gera no empregado uma *“falta de identificação com o ambiente de trabalho, o surgimento de uma segunda categoria de trabalhadores no âmbito da mesma empresa (o que, em tese, pode configurar discriminação), e uma certa marginalização social”*²⁵.

Gabriela Neves Delgado *et all* possuem o entendimento de que a prática da terceirização provoca o incremento do desemprego e da rotatividade entre os trabalhadores. *Em última análise, os terceirizados de hoje são os efetivos de ontem, apenas vestidos de outro modo.* A crítica dos autores ao instituto do trabalho temporário, nos faz concluir que a conta dessa adaptação às novas condições dos mercados econômicos foi assumida, por necessidade de sobrevivência, pelos trabalhadores temporários:

*Ele não utiliza a força de trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é o próprio trabalhador, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na transação. Em outras palavras, o mercador de homens os emprega tal como o fabricante usa seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro*²⁶.

Há quem defenda ser a terceirização incongruente com os fundamentos do Direito do Trabalho por se afastar do “princípio da continuidade das relações laborais” e o “princípio do não retrocesso social”, previsto na brasileira Constituição Federal de 1988²⁷.

²⁴ VERÇOSA, Alexandre Herculano. “Terceirização - Súmula 331 TST X ADC 16 STF”. Jus.com.br. pág. 4/31

²⁵ A nossa experiência enquanto empregado terceirizado cedido a alguns Órgãos ou Entidades da Administração Estadual no Nordeste do Brasil pode confirmar a distinção existente entre os servidores ou empregados públicos efetivos e a equipa terceirizada. Os primeiros, no mais das vezes estáveis no Serviço Público por garantia constitucional, eram detentores de muitos privilégios, dentre os quais podemos destacar generosos planos de cargos e salários. Ao contrário do que se poderia esperar, a despeito de uma maior remuneração, os benefícios deferidos traziam um efeito reverso, uma espécie de letargia, um verdadeiro senso de impunidade em alguns dos servidores efetivos que deram ensejo a alguns bons exemplos de morosidade e indolência no Serviço Público. Já os empregados terceirizados se viam obrigados, sob pena de descarte do processo, a arregaçar as mangas e dar vencimento à maior parte da rotina administrativa. Estes, mesmo após executar um número maior e por vezes mais complexo de tarefas, sentiam-se e eram vistos como uma “segunda classe de trabalhadores”.

²⁶ *In Terceirização. Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques.* DELGADO, Gabriela Neves, VIANA, Márcio Túlio *et* AMORIM, Helder Santos. Lex Doutrina, pág. 2.

²⁷ Nesse sentido JORGE NETO, Francisco Ferreira *et al.* *Op cit.* pág. 03.

Marcio Pochmann, em sua dissertação de mestrado intitulada “*A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho*” compreende que o advento da terceirização trouxe danosas consequências ao dia a dia do trabalhador, uma vez que a disseminação da prática da terceirização culminou por consolidar um novo padrão de emprego marcado por “*elevada rotatividade, contida remuneração e longa jornada de trabalho*”. Segundo o autor, “*os níveis de remuneração permanecem ainda extremamente contidos*” a despeito de uma elevação no nível de escolaridade dos atuais empregados ²⁸.

A compreensão dos referidos autores quanto ao fenômeno da terceirização não enxerga como um novo e inspirador modelo de gestão, mas vislumbra, tão-somente, o sucateamento da relação de emprego e o rebaixamento da classe trabalhadora:

“A terceirização se revela como estratégia de poder. Ela divide já não apenas o trabalho, mas a classe que trabalha, semeando o medo no chão de fábrica e colhendo um novo espécimen de trabalhador – mais dócil e solitário, e ao mesmo tempo sempre móvel e ansioso, modelo ideal para um ritmo de trabalho trepidante, mutante e absorvente, tal como as músicas, as modas e tudo mais que nos cerca” ²⁹.

1.5 O trabalho temporário no ordenamento português

1.5.1 Fundamentação e características

No direito português, o trabalho temporário vem disciplinado pelo Código do Trabalho em seus artigos nº 172º e seguintes, e na Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio.

O Código do Trabalho português conceitua a relação de trabalho temporário ³⁰ como um contrato de trabalho a termo ou um contrato de trabalho por tempo

²⁸ Op. cit. pág. 13

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves. Op. cit. pág. 3.

³⁰ ...estima-se que haja uma média de 87.000 trabalhadores temporários colocados a tempo inteiro, tendo a penetração do trabalho temporário no mercado de trabalho atingido, em 2010, o valor de 1.7% da totalidade dos trabalhadores, percentagem ligeiramente acima da média (1.6%) dos países europeus pertencentes à União Europeia: acima de Portugal, em termos de colocação de trabalhadores temporários no mercado de trabalho, encontram-se apenas o Reino Unido (3%), a Holanda (2.4%), a França (1.9%), a Irlanda (1.8%), o Luxemburgo, a Bélgica e a Hungria, estes três com cerca de 1.75% de colocação.

Nos termos do mesmo Relatório do PEETT, mas agora com base em dados do Instituto do Emprego e da Formação Profissional, terão intervindo no mercado de trabalho português, em 2010, cerca de 198 ETT's, de cuja intervenção resultou a cedência de 279.924 trabalhadores.

O trabalho temporário, no nosso país, caracteriza-se por ser maioritariamente masculino (58.8%) e cerca de 71,7% dos trabalhadores colocados no mercado de trabalho pelas ETT's são ativos em idade adulta

indeterminado para cedência temporária, ambos celebrados entre uma empresa de trabalho temporário e um trabalhador, pelo qual este se obriga, mediante retribuição daquela, a prestar temporariamente a sua atividade a utilizadores distintos de seu contratante, mantendo-se vinculado à empresa de trabalho temporário ³¹. *É uma figura jurídica que comporta três sujeitos e dois contratos* ³².

Uma boa definição dessa relação jurídica marcada doutrinal e jurisprudencialmente pela triangulação entre partes pode ser extraída do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto ³³:

Resulta do regime jurídico do trabalho temporário que a relação triangular que dele emerge e que tem como vértices, por um lado, a empresa de trabalho temporário, por outro lado o trabalhador e, por outro ainda, o utilizador (seja este pessoa singular ou colectiva), assenta em dois contratos que, embora interligados, são perfeitamente autónomos e distintos um do outro: o contrato de utilização de trabalho temporário celebrado entre a empresa de trabalho temporário e o utilizador e que, nos termos da lei [art. 172º al. c) do Código do Trabalho de 2009] é um contrato de prestação de serviço a termo resolutivo através do qual aquela se obriga, mediante retribuição, a colocar à disposição deste um ou mais trabalhadores temporários e, por outro lado, assenta na formalização de um contrato de trabalho temporário entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador que traduz uma verdadeira relação contratual laboral pela qual este se obriga, mediante retribuição daquela, a prestar, temporariamente, a sua actividade laboral a utilizadores, mantendo-se vinculado à empresa de trabalho temporário [art. 172º al. d) do Código do Trabalho de 2009].

Na compreensão de Maria Regina Gomes Redinha, a usual esquematização triangular ³⁴ dessa relação jurídica não reflete com precisão essa autonomia existente entre os ajustes que se fazem necessários para que a contratação temporária possa ocorrer. Dito de outra forma, ao levarmos em conta as distintas naturezas jurídicas das duas distintas

entre os 25 e 54 anos. DRAY, Guilherme *et al.* Código do Trabalho Anotado. Ed. Almedina. Coimbra, 2016, pág. 453.

³¹ *Por aqui se anuncia que a virtualidade expressiva da designação “Trabalho Temporário” é, de algum modo, limitada pois, como mais adiante teremos oportunidade de concluir, o qualificativo “Temporário” não se adequa rigorosamente a esta modalidade de emprego, porquanto, ao contrário, do que se poderia inferir, a temporaneidade, mais do que produto da decantação essencial do fenómeno, resulta afinal da sua acomodação orgânico-funcional.* REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 09.

³² LAMBELHO, Ana *et al.* Manual de Direito do Trabalho. 1ªed. Coimbra Editora. 2014, pág. 146.

³³ Acórdão nº 1/14.1TTPRT.PI de Tribunal da Relação do Porto, 04 de Janeiro de 2016, pág. 26 - Link: <http://vlex.com/vid/728277621>

³⁴ Maria Regina Gomes Redinha emprega a expressão “Processo Produtivo Descentrado”. *Op. cit.* pág. 30.

figuras contratuais que são necessariamente estabelecidas na formalização da contratação temporária, chegamos à conclusão de que ³⁵ :

a ligação do trabalhador à empresa de afectação não tem, por conseguinte, origem em qualquer vínculo jurídico de natureza convencional, motivo pelo qual a imagem triangular, porque metaléptica, é ilusória, já que, na verdade, apenas se trata da justaposição de duas relações jurídicas autonomizáveis em que um dos participantes é comum.

As particularidades desta modalidade de contratação consistem na predeterminação de sua duração com relação ao mesmo utilizador - ainda que a contratação do trabalhador pela empresa de trabalho temporário seja por termo incerto ³⁶ - bem como na existência de uma terceira pessoa não presente na tradicional relação jurídica laborativa, notadamente evidenciada por apenas dois polos ³⁷.

O tema recebe as denominações de trabalho temporário, *outsourcing*, terciarização, deslocalização, descentralização, entre outros ^{38 39 40}.

1.5.2 Motivação para a contratação

O Código do Trabalho português exige uma motivação específica ⁴¹ para a validade da contratação temporária de trabalhadores ⁴².

³⁵ REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 09.

³⁶ Conforme artigo 182º, 4, do Código do Trabalho.

³⁷ Nesse sentido AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. 4ª ed. – Coimbra Editora, 2014, pág. 135.

³⁸ Segundo FELICIANO, Ricardo *et* ROBERTO, José. *Responsabilidade Social Empresarial nas decisões de Offshore Outsourcing e Deslocalização*. Pág. 01.

³⁹ O *Outsourcing* implica a transferência de competências e responsabilidades para um ou mais fornecedores externos que poderão não operar nas mesmas instalações do cliente e que, por vezes, não operam sequer no mesmo país. Neste último caso, é frequente a deslocalização ocorrer para mercados emergentes.

⁴⁰ FERREIRA, Eduardo Paz *et* DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo utilizam as expressões “descentralização” e “externalização”.

⁴¹ *A indicação do motivo justificativo, tal como sucede no regime do contrato a termo (artigo 141º, nº 3) deve ser feita pela menção expressa dos factos que o integram, devendo estabelecer-se a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado, não sendo suficiente, por exemplo, uma mera remissão para determinada previsão legal.* DRAY, Guilherme *et all.* *Op. cit.* pág. 463.

⁴² Para tanto, o artigo nº 175º comina que o contrato de utilização de trabalho temporário só pode ser celebrado nas situações de *vacatura de posto de trabalho quando decorra processo de recrutamento para o seu preenchimento; diante da necessidade intermitente de mão-de-obra, determinada por flutuação da actividade durante dias ou partes de dia, desde que a utilização não ultrapasse semanalmente metade do período normal de trabalho maioritariamente praticado no utilizador; pela necessidade intermitente de prestação de apoio familiar directo, de natureza social, durante dias ou partes de dia; ante à necessidade da realização de projecto temporário, designadamente instalação ou reestruturação de empresa ou estabelecimento, montagem ou reparação industrial; e, para finalizar, nos casos de necessidade temporária da empresa, conforme artigo 140º, item 2, a saber: a substituição directa ou indirecta de trabalhador ausente ou que, por qualquer motivo, se encontre temporariamente impedido de trabalhar; a substituição*

Algumas hipóteses previstas no Código do Trabalho podem levar algumas entidades a contratar um contingente mais expressivo de trabalhadores temporários, por um período maior de tempo, a ponto de configurar a situação hipotética que interessa a este estudo. São elas:

1. *a realização de projecto temporário, designadamente instalação ou reestruturação de empresa ou estabelecimento* - máximo dois anos, conforme artigo 148º, 1, “b”;

2. *A execução de tarefa ocasional ou serviço determinado precisamente definido e não duradouro* - máximo dois anos, segundo artigo 148º, 1, “b” c/c 140º, 2, “g”.

3. *O lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores* - máximo dois anos, conforme artigo 148º, 1, “b” c/c 140º, 2, “g”;

4. *A contratação de trabalhador à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego* – máximo 18 meses, segundo artigo 148º, item 1, letra “a”.

5. *O acréscimo excepcional de actividade da empresa* - máximo um ano, conforme artigo 175º, 2;

Já o conceito original de *outsourcing*, enquanto estabelecimento de uma “parceria institucional” para a execução da atividade empresarial do tomador dos serviços, pode ser facilmente albergado na hipótese autorizadora: “*reestruturação de empresa ou estabelecimento*”, por exemplo, e, sob tal pretexto, atingir a duração máxima permitida a este tipo contratual, ou seja, dois anos ⁴³.

directa ou indirecta de trabalhador em relação ao qual esteja pendente em juízo acção de apreciação da licitude de despedimento; a substituição directa ou indirecta de trabalhador em situação de licença sem retribuição; a substituição de trabalhador a tempo completo que passe a prestar trabalho a tempo parcial por período determinado; a actividade sazonal ou outra cujo ciclo anual de produção apresente irregularidades decorrentes da natureza estrutural do respectivo mercado, incluindo o abastecimento de matéria-prima; o acréscimo excepcional de actividade da empresa; a execução de tarefa ocasional ou serviço determinado precisamente definido e não duradouro; o lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores; ou a contratação de trabalhador à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego.

⁴³ O que se retira deste preceito (artigo 178º), é que para além da consagração de requisitos de natureza substantiva (artigos 175º e 176º) e formais (artigo 177º), o legislador estabeleceu, acrescidamente, ao arrepio da liberdade de estipulação contratual, limites temporais atinentes à duração dos contratos de utilização, fixando prazos tendencialmente curtos... A duração do contrato de utilização de trabalho temporário não pode exceder a duração da respetiva causa justificativa nem, no limite, ultrapassar o prazo máximo de dois anos (para a generalidade dos casos), de 12 meses (para os casos de acréscimo excecional

Mesmo diante das previsões do artigo 148º do Código do Trabalho, na lição de Guilherme Dray, *“a duração média dos contratos de cedência temporária ronda os 3,9 meses, o que atesta bem a precariedade desta modalidade contratual”*⁴⁴.

1.5.3 A exigência de caução

Outra particularidade que fazemos questão de ressaltar. Identifica-se, no ordenamento português, para o bem do trabalhador, medida que visa resguardar o adimplemento das verbas rescisórias, tais como a obrigação da empresa de trabalho temporário de prestar caução na forma do art. 6º. da Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio, a qual pode ser utilizada para suprir eventual inadimplemento por parte da empresa, na forma do art. 191º, do Código do Trabalho.

O art. 6º, número 2, da Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio traz toda uma sistemática tendente a assegurar a finalidade precípua da caução obrigatória, qual seja, a de:

“garantir a responsabilidade das empresas de trabalho temporário pelo pagamento das retribuições e demais encargos com os trabalhadores temporariamente cedidos, nomeadamente contribuições para a segurança social, e pode ser prestada por depósito, garantia bancária ou contrato de seguro”.

De certo modo, em uma visão apressada, poderíamos chegar à conclusão de que as prescrições do art. 6º. da Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio, poderiam afetar o desenvolvimento lógico deste estudo no que diz respeito ao cenário jurídico português, pelo simples fato de, em tese, a caução acima indicada se prestar para saldar o inadimplemento das empresas de trabalho temporário quanto as verbas rescisórias dos empregados que tiveram sua força de trabalho cedida à Administração Pública ou mesmo aos particulares.

Entretanto, situações de inadimplência por parte das empresas de trabalho temporário não deixaram de ser cogitadas pelo legislador português, ao estabelecer critérios de precedência para fins de rateio no pagamento por meio da caução legalmente exigida, em situações de insuficiência desta.

da atividade da empresa ou de 6 meses (quando o motivo justificativo é a vacatura de posto de trabalho quando já decorra processo de recrutamento para o seu preenchimento). DRAY, Guilherme et al. Op. cit. pág. 464.

⁴⁴ DRAY, Guilherme et al. Op. cit. pág. 453.

2 TRABALHO TEMPORÁRIO

2.1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1.1 Trabalho Temporário *versus* Terceirização

Os conceitos de trabalho temporário e terceirização não se confundem no ordenamento em questão, apesar de alguns doutrinadores o fazerem.

Rodrigo Trindade nos traz adequada distinção entre os conceitos de “trabalho temporário” e “terceirização” no direito brasileiro:

*“Em poucas palavras, terceirização e contratação temporária têm em comum a transferência para outrem dos custos da contratação do trabalho. Enquanto no trabalho temporário pactua-se fornecimento de trabalhadores que ficarão por curtos períodos subordinados ao tomador, na terceirização contratam-se serviços especializados, executados autonomamente por empresa prestadora. A terceirização vinha sendo regradada, de forma geral, pela Súmula n. 331 do TST; e a contratação temporária apenas pela Lei 6.019/1974”*⁴⁵.

Expressiva parte dos doutrinadores brasileiros cuida do tema “trabalho temporário” e “terceirização” de forma indistinta e, por vezes, sinônima, especialmente após o advento da alteração ocorrida na Lei 6.019/74, operada por meio da Lei nº. 13.429/2017.

Rodrigo Trindade faz alusão à recente alteração do art. 1º da Lei do Trabalho Temporário e ressalta que *a modificação de redação veio a ampliar o objeto da Lei 6.019/1974, que passou de simples regulação de trabalho temporário para somar a pretensão de oferecer regulação ampla também para a terceirização de serviços.*⁴⁶

Impende pontuar que, nesta particular relação, o requisito da “pessoalidade” do empregado em determinada função, um dos elementos indispensáveis para a configuração da relação de emprego no Brasil, deixa de ser obrigatório, eis que a empresa de trabalho temporário pode substituir ou estabelecer rodízios entre os seus empregados para desempenho de determinada função em certos estabelecimentos, sem que isto comprometa o resultado final do ajuste⁴⁷.

A empresa de trabalho temporário é a real empregadora do trabalhador. A ela cabem a seleção, a contratação, o treinamento, o pagamento de salários e demais encargos

⁴⁵ TRINDADE, Rodrigo. “Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas”. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do trabalho da IV Região – AMATRAIV, pág. 02.

⁴⁶ Segundo o autor, “pode-se dizer que a Lei 6.019/1974 é agora a “Lei de Trabalho Arregimentado” ou “Lei de Intermediação do Trabalho”. TRINDADE, Rodrigo. *Op. cit.* pág. 3.

⁴⁷ Nesse sentido JORGE NETO, Francisco Ferreira *et all.* *Op. cit.* pág. 6.

sociais, o poder disciplinar, o direito de determinar a cessação antecipada do contrato de trabalho, a responsabilidade pelo pagamento das verbas rescisórias, dentre outros direitos e obrigações correlatos aos já elencados.

2.1.2 Quarteirização

A relação jurídica em análise, geralmente trilateral, pode receber ainda a intervenção de uma ou mais figuras.

É o que a doutrina brasileira chama de “quarteirização”, figura jurídica vedada em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles, o português ⁴⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro expressamente aceita a figura da quarteirização, na forma do § 1º do art. 4º.-A da Lei 6.019/74, com a nova redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017:

“A empresa prestadora de serviços (de trabalho temporário) contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

Segundo Júlia Thiebaut Sacramento ⁴⁹, o fenômeno da quarteirização tem ocorrido com muita frequência no seio do serviço público em razão do dever de fiscalização do escorreito cumprimento de todos os deveres legais e regulamentares pela empresa de terceirização, que cabe ao contratante público:

“Em muitas situações, ao invés da Administração montar uma estrutura interna para gerenciar e inspecionar cada contrato privado de serviços terceirizados, seria mais vantajoso transferir a própria gestão, controle e fiscalização dos contratos de prestação de serviços realizados por terceiros contratados. Essa nova forma de gerenciamento dos serviços pela Administração Pública denomina-se “quarteirização”.

A referida autora defende tal prática no seio da Administração Pública e identifica os benefícios de sua utilização ⁵⁰:

⁴⁸ Segundo o artigo 173.º, 2, do Código do Trabalho Português, o contrato entre as empresas de trabalho temporário é considerado nulo, e o vínculo com o empregado é mantido com a empresa que o contratou diretamente, assumindo as características de um contrato sem termo, conforme artigo 173.º, 4.

⁴⁹ A Quarteirização na Administração Pública: conceitos, características e Vantagens. SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. Conteúdo Jurídico, pág. 2 - 3.

⁵⁰ SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. Op. cit. pág. 06.

“São inúmeras as vantagens da quarterização. Primeiramente, a quarterização possibilita a eliminação de estruturas internas da Administração. Caso a Administração Pública pretendesse, ela própria, gerenciar e fiscalizar os contratos de prestação de serviços por terceiros, teria que destinar recursos e pessoal a essa finalidade, além de implementar sistemas próprios e até mesmo, nos casos em que o serviço fosse demasiadamente técnico e fugisse ao conhecimento comum, contratar terceiros para subsidiar o administrador público responsável pela fiscalização”.

Diante da celeuma que diz respeito ao objeto deste estudo, acerca da declaração judicial da responsabilidade subsidiária do Poder Público em casos de inadimplemento de verbas trabalhistas pelas empresas de terceirização de mão de obra, a existência da prática da quarterização no direito brasileiro parece fazer muito sentido ⁵¹, em especial perante o Poder Público.

Mister se faz destacar, entretanto, que o judiciário trabalhista brasileiro tem reconhecido a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços também em situações de quarterização, nos mesmos moldes da terceirização convencional:

QUARTERIZAÇÃO. TOMADOR DE SERVIÇOS INTEGRANTE DA INICIATIVA PRIVADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA Nº 331, IV, DO C. TST. ÓBICES DO ART. 896, § 7º, DA CLT E SÚMULA Nº 333 DO C. TST. (...) Assim, o fenômeno havido no caso dos autos é aquele que a doutrina e a jurisprudência denominam como "quarterização", a qual é inadmitida ⁵² no ordenamento jurídico pátrio, por envolver a prática de terceirização pela própria empresa contratada para a prestação de serviços, que para esse fim deveria dispor de empregados próprios, integrantes de seu quadro permanente, mostra-se particularmente nefasta ao empregado, dificultando-lhe, diante da trama de relações empresariais em que se vê enredado, a visualização da destinatária final de seus serviços. (...) Aplica-se ao caso, portanto, a Súmula nº 331, IV, do C. TST, no sentido de que a tomadora final dos serviços (Reclamada RBS) responde subsidiariamente pelos créditos devidos

⁵¹ SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. destaca que “o Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 203500-57.2006.5.18.0001 (DJ 07.10.2011), entendeu que a Administração tem responsabilidade subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do Tribunal, pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos “quarterizados”. Op. cit. pág. 04.

⁵² Neste momento, a alteração legislativa na Lei do Trabalho Temporário operada por meio da Lei nº 13.467/2017 ainda não havia ocorrido.

ao trabalhador. (...) Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1818-52.2012.5.12.0019, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, 8ª Turma, DEJT 05/12/2014).

Rodrigo Trindade ⁵³ consegue sintetizar a decisão acima ao afirmar que, na quarteirização, todas as empresas envolvidas no ajuste passam a ser responsabilizados subsidiariamente com relação aos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados:

Havendo quarteirização de serviços, ou seja, a transferência da prestação de serviços contratada para outra empresa (quarteirizada), empregadora dos trabalhadores prejudicados por inadimplemento trabalhista, todos os beneficiários da cadeia produtiva respondem subsidiariamente. Ou seja, empresa tomadora cliente dos serviços e terceirizada original são responsáveis subsidiárias junto a quarteirizada.

2.1.3 Terceirização ilícita

Ainda que a título de informação adicional, há que se ressaltar que, no direito brasileiro, caso o tomador dos serviços venha a exercer verdadeira subordinação jurídica ⁵⁴ sobre o empregado da empresa de trabalho temporário, nos termos do art. 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e da Súmula 331 do TST, haverá - caso o beneficiário da força de trabalho seja uma empresa privada - a formação do vínculo de emprego junto ao tomador dos serviços ⁵⁵. Materializada tal configuração em uma reclamação trabalhista, a terceirização deverá ser declarada “ilícita” e, em decorrência disto, haverá o inevitável reconhecimento judicial do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, transferindo-se a este a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas, sejam elas de natureza salarial, indenizatória ou mesmo rescisória.

Como este estudo está direcionado à aferição da responsabilidade da Administração Pública enquanto tomadora dos serviços, não nos alongaremos no subtema “terceirização ilícita” uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a

⁵³ TRINDADE, Rodrigo. *Op. cit.* pág. 6.

⁵⁴ “A maioria das terceirizações no Brasil pode ser facilmente descaracterizada de lícita para ilícita, pois em quase todos os casos há pessoalidade e subordinação direta do trabalhador com o tomador de serviços”. MARTINS, Raquel de Siqueira. *Op. cit.* pág. 2.

⁵⁵ Nesse sentido JORGE NETO, Francisco Ferreira *et all.* *Op. cit.* pág. 6.

obrigatoriedade da prévia submissão a concurso público ⁵⁶ para que haja a formação de vínculo laborativo ou estatutário com o Poder Público.

Há, por outro lado, quem defenda a introdução do fenômeno da terceirização no âmbito das atividades públicas ao partir do princípio de que os servidores ou empregados públicos efetivos, com o auxílio de empregados terceirizados para a realização da atividade-meio ⁵⁷, podem melhor se dedicar às atividades precípua da Administração ^{58 59}.

Vólia Bonfim Cassar defende a ideia de que, para o Poder Público, a terceirização é obrigatória para as atividades-meio e funções especializadas, bem como para os serviços de vigilância armada (conforme autorização expressa da Lei no. 7.102/83) ⁶⁰. Justifica seu posicionamento ao asseverar:

Ora, se os cargos destinados às funções relacionadas com a atividade-meio, tais como conservação, limpeza, preparo da alimentação, etc., não podem ser criados por lei, e, se são essenciais para o funcionamento da administração pública, outra alternativa não resta que a de cumprir o disposto no §7º do art. 10 do Dec-Lei nº 200/67, isto é, de terceirizar esses trabalhadores. Portanto, se a administração pública necessitar de ascensoristas, garçons, copeiras, faxineiros etc., deverá terceirizar ⁶¹.

No ordenamento brasileiro, as recentes alterações na Lei nº. 6.019, de 03/01/1974, operadas por intermédio da Lei nº 13.429, de 2017, na forma do § 5º., de seu art. 5º-A ⁶²,

⁵⁶ Brasil. Constituição Federal. Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

II - *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*

⁵⁷ Em uma nova alusão à experiência profissional deste pesquisador, foi possível observar que a terceirização de serviços de natureza técnica - dentre eles destacadas as assessorias jurídicas, contábeis, na gestão de pessoal e da tecnologia da informação, entre outras - são considerados “instrumentais” e, em algumas situações, coadjuvantes às ações dos servidores efetivos.

⁵⁸ *A terceirização na Administração Pública é favorável ao Estado, pois, além de reduzir a quantidade de contratações necessárias, permite que os gestores públicos mantenham foco nas atividades fins de seus órgãos e entidades, culminando na garantia de celeridade na prestação do serviço público.* GOMES E SILVA, Wesley Adileu. “Limites e possibilidades da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado e a súmula 331 do TST”. Jus.com.br, pág. 06.

⁵⁹ O Decreto-Lei nº 200/67 traz tal determinação.

⁶⁰ *In* Direito do trabalho – 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pág. 485.

⁶¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.* pág. 486.

⁶² Brasil. Lei 6.019/74. Art. 5º-A. *Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.*

imputam responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Mas tal regramento jurídico somente é vocacionado às empresas privadas brasileiras ou estrangeiras ou multinacionais lá instaladas, a despeito de seu art. 5º. conceituar empresa tomadora de serviços como “*pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º. desta Lei*”, ou seja, a empresa de trabalho temporário.

A expressão “entidade equiparada”, em um primeiro momento, poderia nos levar a crer albergar em seu seio os órgãos ou entidades da Administração Pública brasileira. Entretanto, o primeiro regramento vocacionado às contratações de mão de obra terceirizada por tais entidades naquele ordenamento é o Decreto Lei nº. 200/67, de 25 de fevereiro, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências ⁶³ ⁶⁴.

Tais disposições permanecem em plena vigência para o tema sob análise ⁶⁵.

Mas, a expressão “entidade equiparada”, ao nosso sentir, tem a ver com os denominados “entes despersonalizados”, figuras jurídicas que estão elencadas no artigo 75 do novo Código de Processo Civil Brasileiro ⁶⁶, sendo eles a massa falida, o espólio, a herança jacente, a herança vacante, a sociedade irregular e o condomínio edilício.

§ 5o *A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.*

⁶³ Nesse sentido, ABDALA, Lara Bastos *et all.* *Op. cit.* pág. 173.

⁶⁴ Nesse sentido, DE OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques. *Op. cit.* pág. 762.

⁶⁵ As disposições relacionadas à contratação administrativa foram revogadas pela Lei nº 8.666/93.

⁶⁶ Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Art. 75. *Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (omissis)*

V - a massa falida, pelo administrador judicial;

VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

VII - o espólio, pelo inventariante;

IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens;

XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico.

2.1.4 Terceirização X Serviço Público

No cenário jurídico brasileiro, o Decreto-Lei nº. 200/67 determinou que a máquina estatal federal deveria promover à desconcentração de suas atividades meio, transferindo-as aos particulares por meios de contratos de “locação de mão de obra”.

O § 7º., do art. 10º., do DL 200/67 traz o fundamento para a prática da terceirização no âmbito da administração pública brasileira, ao recomendar seu emprego nas atividades-meio do Estado:

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 760.931-DF, a Ministra Rosa Weber, em capítulo intitulado “a terceirização na administração pública”, cita Winnicius Pereira de Góes ⁶⁷, autor que defende que, além das amarras existentes no DL 200/67, a contratação de empresas de trabalho temporário para o desenvolvimento de atividades meio da máquina administrativa encontra óbice constitucional da exigibilidade de concurso público de provas e de títulos para ingresso no serviço público, na forma do artigo 37, inciso II, da CF/1988 ⁶⁸:

Para isso, no que se refere à contratação de pessoal, destinada à execução de serviços de caráter público, realizados diretamente pelo Estado ou pela administração indireta, os princípios da moralidade e impessoalidade, combinados ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, apresentam-se como condição de validade para a admissão de pessoal em cargo ou emprego público, sob pena de ver-se a contratação eivada de nulidade (artigo 37, § 2º).

⁶⁷ Obra não encontrada por este pesquisador, seja em meio físico, seja por meio de mídia eletrônica.

⁶⁸ Brasil. REExt 760.931 / DF, pág. 52.

É neste ponto que a terceirização indiscriminada de serviços reservados a cargos ou empregos públicos, obviamente ligados à atividade finalística do Estado, não encontra permissivo legal, segundo o referido autor.

Por sua vez, João Trindade Cavalcante Filho ⁶⁹, também citado no voto da Ministra Rosa Weber ⁷⁰, vai ao encontro desse entendimento ao defender que a permissão da terceirização nas atividades meio do Estado *configura uma violação ao núcleo essencial do princípio constitucional do concurso público*. Mais adiante, na transcrição realizada pela Ministra, assevera que a *terceirização de atividades-fim no âmbito administrativo significaria, portanto, a redução drástica das vagas em concursos públicos, ou da própria realização dessa espécie de certame. O inciso II do art. 37 passaria, de regra, a exceção*.

O mesmo doutrinador citado por Rosa Weber mostra-se terminantemente contrário à prática da terceirização do *core business* do Estado. Afirma que a transferência da atividade fim do serviço público é inconstitucional mesmo em entidades que compõem a administração pública indireta, ainda que exploradora de atividade econômica, que irá concorrer em pé de igualdade com os particulares. Ressalta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que julga em última instância as questões infraconstitucionais no Brasil, no sentido de constituir “ato de improbidade administrativa” a realização externalizada dessas atividades:

O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal ⁷¹.

Devemos ter em conta que o posicionamento acima não se mostra diretamente contrário à prática da terceirização no seio da Administração Pública, até porque os

⁶⁹ CAVALCANTE FILHO, J. T. *Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2015 (Texto para Discussão nº 173).

⁷⁰ Brasil. RE 760931 / DF, pág. 53/54.

⁷¹ Brasil. Processo: REsp 772241 MG 2005/0129312-3, Primeira Turma. Publicação DJe 24/06/2009. Julgamento 15 de Abril de 2008. Relator Ministro Luiz Fux.

permissivos legais dessa contratação estão todos identificados ao longo desta investigação. O que o doutrinador quer nos alertar é que a terceirização não pode servir de mecanismo de substituição à realização de concursos públicos, o que efetivamente foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

O art. 10º., do Decreto Lei nº. 200/67 estabelece a descentralização das atividades da administração pública federal e, em seu § 2º., expressamente preconiza que:

“em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle”.

Mesmo que soe despicienda tal informação, mister se faz esclarecer que, até o presente momento, é desconhecida por nós a existência de qualquer permissivo legal no ordenamento jurídico brasileiro que autorize a utilização de mão de obra terceirizada para o exercício das atividades-fim do Estado ⁷². E nem poderia ser diferente, diante da fundamentação jurídica empregada pelo Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer como ato de improbidade administrativa a terceirização do *core business* de órgãos e entidades da Administração Pública.

Leonardo Cafaro ⁷³ destaca que, para o setor privado da economia (levando semelhantes consequências ao Poder Público), o fenômeno jurídico da terceirização teve seu regramento traçado primordialmente pela jurisprudência do TST, *especialmente pela substituição do enunciado da súmula nº 256 de 1986 pelo enunciado da súmula nº 331 de 1993, que fixou o regramento jurídico da terceirização, permitindo sua ampla utilização.*

Outro marco que merece destaque no ordenamento brasileiro no que toca ao fenômeno da terceirização no âmbito da Administração Pública diz respeito à edição da Lei nº. 5.645/1970, a qual, no parágrafo único do art. 3º, prescreve que:

“as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

⁷² No mesmo sentido, FERREIRA, Ronaldo Nunes. *Op. cit.* pág. 2.

⁷³ . CAFARO, Leonardo de Melo. *Op. cit.* pág. 262.

Na sequência cronológica dos marcos legais, há que se destacar a edição da Lei nº. 7.102/83, que facultou à Administração a contratação, por meio de empresa interposta, das atividades de vigilância patrimonial e transportes de valores ⁷⁴.

Observe-se que os diplomas legais vocacionados à terceirização no âmbito do Poder Público em momento algum incluem as chamadas “atividades finalísticas” da Administração. Tratam apenas de atividades de apoio, instrumentais ou técnicas e meramente executórias ⁷⁵.

Alexandre Herculano Verçosa ⁷⁶ acredita que a terceirização no âmbito da Administração Pública não se confunde com o conceito de descentralização administrativa, a que alude o Decreto Lei nº. 200/67:

O fato é que se entendeu que, a partir de tal redação, a Administração Pública passou a relegar aos particulares a prestação de tarefas que não condizem, exata e diretamente, com os fins a que ela se destina. São tarefas-meio, tão-somente complementares e necessárias a que as finalidades primordiais do Poder Público venham a ser cumpridas. Ora, isso não é descentralizar – que tem a ver com a prestação do serviço à sociedade – mas terceirizar, vez que o preceptivo se refere a trabalhadores que a ela própria prestam serviço. Na descentralização stricto sensu vislumbra-se a relação da Administração Pública para com o administrado; na “descentralização” de que trata o preceptivo, há uma relação da Administração com seus próprios trabalhadores. Isto, verdadeiramente, é terceirização.

Por outro lado, no ordenamento brasileiro, as contratações administrativas em geral atualmente são disciplinadas pela Lei nº. 8.666/93, de 21 de junho, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Essa lei, em seu art. 71, expressamente afasta a responsabilidade subsidiária do poder público, estando este na qualidade de utilizador de contratos de trabalho temporários, ao prescrever:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou

⁷⁴ Nesse sentido, DELGADO, Gabriela Neves *et all.* Op. cit. pág. 5.

⁷⁵ *Apud.* DELGADO, Gabriela Neves, *et all.* Op. cit. pág. 4.

⁷⁶ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. pág. 4.

restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A despeito dessas disposições não serem novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal Superior do Trabalho – TST vinha, ao longo de vários anos, a condenar subsidiariamente órgãos e entidades da Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas de terceirização de mão de obra ⁷⁷.

Como já apontado anteriormente, a reiteração de condenações dessa natureza deu origem à edição da Súmula TST nº. 331, a qual prescrevia, até julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16/2010, em seu inciso IV, que:

“o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei no. 8.666, de 21.06.1993)”⁷⁸.

Tal cominação vai de encontro às disposições do § 1º do art. 71, da Lei nº. 8.666/93, o que deu causa ao ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº. 16/2010 – DF pelo Governo do Distrito Federal, cujas conclusões receberão nossa atenção em capítulo específico desta investigação, tendo sido reformada a redação da Súmula TST nº 331 e acrescidos a esta dois outros incisos para atender ao comando final da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal - STF.

Ainda assim, a referida construção jurisprudencial trouxe maior segurança jurídica às relações trabalhistas envolvendo a figura da terceirização, ao compatibilizar os princípios da valorização do trabalho humano e o da livre concorrência, nitidamente em situação conflitante ⁷⁹.

⁷⁷ ABDALA, Lara Bastos et BARRETO, Lucas Hayne Dantas in *A Súmula 331 do TST, a ADC 16 e a fiscalização de contratos pela Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária*, pág. 169, fazem alusão a uma presunção absoluta de culpa da Administração Pública nos casos levados à corte máxima trabalhista brasileira, o Superior Tribunal do Trabalho - TST.

⁷⁸ DE OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques. *Op. cit.* pág. 769 destaca que o Tribunal de Contas da União – TCU “já tinha jurisprudência no sentido de acatar a responsabilização da Administração Pública, subsidiariamente, pelas dívidas trabalhistas do contratado, nos termos da Súmula 331, IV do TST, tanto que propunha maneiras dos entes estatais se resguardarem, tanto no processo licitatório quanto durante a execução do contrato, justamente com vistas a evitar uma possível responsabilização posteriormente”.

⁷⁹ Nesse sentido OLIVEIRA, Adriano dos Santos. *A Terceirização na Reforma Trabalhista*. Artigo. Out/2017.

Leonardo de Melo Cafaro ⁸⁰, ao analisar a responsabilidade do Poder Público ao responder por eventuais débitos das empresas de trabalho terceirizado por si contratadas, argumenta que a responsabilização subsidiária do Poder Público contratante encontra fundamento no princípio trabalhista da alteridade, reconhecido por alguns autores como elemento da configuração da relação empregatícia, quando tal vínculo se encontra sob questão:

“a justificação para a responsabilidade subsidiária (que seria decorrente de responsabilidade civil para a Administração Pública na visão do TST) é o princípio da alteridade, trabalho prestado a conta de outrem (que muitos não reconhecem como requisito da relação de emprego e que significa que alguém está enriquecendo às custas do trabalho de outrem, o que os marxistas chamam de "mais valia", devendo, portanto, o empresário assumir os riscos do negócio). Ou seja: se beneficiou da força de trabalho assuma a consequência da terceirização (é o raciocínio que a Justiça do Trabalho automatizou a partir da noção de culpa presumida)”.

Há doutrinadores que compreendem que, a despeito de expressa previsão legal de sua obrigatoriedade por parte da Administração Pública, conforme o art. 58, III e art. 67, ambos da Lei nº. 8.666/93, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa de terceirização de mão de obra deveria operar-se pelos próprios empregados:

“O que deverá ocorrer é uma fiscalização atenta por parte dos próprios empregados e do seu sindicato de classe, com relação ao cumprimento dos deveres patronais. Se houver inadimplemento, as instituições estão aí para lhes garantir a efetivação dos seus direitos subjetivos. Delegacia Regional do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho, todos são órgãos isentos e constitucionalmente habilitados a concretizar o dever de proteção decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores ⁸¹”.

Ousamos discordar em parte do posicionamento acima. Os órgãos e entidades por ele mencionados possuem fundamental importância para o avanço das conquistas sociais

⁸⁰ A terceirização na Administração Pública e as consequências do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Revista AGU no. 31. Jan/Mar 2012. Pág. 264.

⁸¹ GOMES, Fábio Rodrigues. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública: perguntas e respostas sobre a constitucionalidade do art. 71 da Lei no. 8.666/93. Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro, pág. 117.

dos trabalhadores naquele ordenamento, mas o empregado não pode assumir uma posição muito reivindicatória dentro das empresas em razão da marcada hipossuficiência do trabalhador na relação empregatícia, especialmente em países emergentes, sob pena de colocar em risco a própria relação de emprego.

2.2 OUTSOURCING EM PORTUGAL

2.2.1 Considerações complementares

Como já reportamos alhures, muito do que foi encontrado na literatura jurídica portuguesa a respeito do trabalho temporário, em especial no que se refere a sua ocorrência no serviço público, foi obtido em estudos que optam pelo emprego termo “outsourcing”, expressão de origem anglo-saxônica que possui a mesma abrangência do termo terceirização no Brasil, mas que engloba, em seu interior, tanto a figura do contrato de trabalho temporário, da prestação de serviços ⁸², da cedência temporária de trabalhadores ⁸³, como também da subcontratação ⁸⁴.

O outsourcing pode dar origem ao trabalho temporário, mas são duas realidades distintas. Uma entidade pode decidir produzir bens ou serviços em

⁸² A grande expansão dos serviços ocorre quando a complexidade da malha económica abriu campo para a proliferação de intermediários. Então, os destinatários preferenciais do sector terciário deixam de ser os indivíduos para passarem a ser empresas. Paralelamente, extravasando do reduto tradicional composto pelas profissões liberais, actividades artesanais e ocupações domésticas, a prestação de serviços vai abarcar uma oferta cada vez mais diversificada e especializada, num reviramento tão notório que deu azo à autonomização de um verdadeiro sector quaternário da sociedade pós-industrial. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 36.

⁸³ Na cedência ocasional de trabalhadores existe um contrato por meio do qual uma empresa cede temporariamente a outra um ou mais trabalhadores, conservando, no entanto, o vínculo jurídico-laboral que com eles mantinha e a correspondente qualidade de empregador. A este nível, existe uma semelhança com o trabalho temporário. Simplesmente, a cedência temporária ou ocasional verifica-se apenas em relação a trabalhadores que integram o quadro de efetivos da empresa cedente. Não está em causa, como no trabalho temporário, a cedência de trabalhadores especificamente contratados para o efeito. A empresa cedente não tem por atividade exclusiva ou principal a cedência onerosa de trabalhadores para outras organizações produtivas. Ao contrário do que sucede no trabalho temporário, a cedência de mão-de-obra surge, na cedência ocasional, acidentalmente e sem intuítos lucrativos. Por outro lado, na cedência ocasional quem retribui o trabalhador, em regra, é o cessionário, ao passo que no trabalho temporário que o faz é a ETT. Na cedência ocasional, findo o período de cedência, o trabalhador regressa à empresa de origem tendo em vista a prestação do mesmo tipo de funções anteriormente desempenhadas, circunstância que não se verifica, em regra, no trabalho temporário... DRAY, Guilherme et all. *Op. cit.* pág. 454.

⁸⁴ É apenas a designação compreensiva de um processo reorganizativo de natureza eminentemente económico-financeira que pode corresponder a uma diversificada modelação jurídico-negocial ou, no limite, esquivar-se à adequada caracterização... Assim, pode provir de contingências ligadas a uma particular fase do crescimento da empresa, a uma maior complexidade do processo técnico de produção ou a um elevado custo do investimento e conhecer uma intensidade muito variável desde a subcontratação de capacidade – em que a empresa “subcontrata” integralmente a sua produção – até aos diversos graus da subcontratação de especialidade – em que apenas partes mais ou menos extensas do iter produtivo são confiadas a outras unidades. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 33/34.

regime de outsourcing, sem que, contudo, recorra ao trabalho temporário. Basta contratar uma entidade que lhe preste alguns serviços sendo certo que esta pode, querendo, utilizar trabalhadores do próprio quadro (cedência ocasional de trabalhadores) ⁸⁵.

Ainda assim, como o trabalho temporário pode servir de embasamento contratual para o estabelecimento de uma relação de *outsourcing*, decidiu-se melhor explorar essa vertente, com intuito de, nessa seara, tentar identificar eventuais mecanismos de responsabilização do Poder Público, de modo a obter as respostas às indagações aqui formuladas. Sob tal perspetiva, tudo o que vier a ser referenciado como *outsourcing*, obviamente pode ser empregado à figura jurídica do trabalho temporário.

Passemos então a melhor compreender o instituto. No sentir de Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira ⁸⁶:

“não raramente, é adotado um conceito muito amplo e não técnico de outsourcing, segundo o qual qualquer contratação externa de serviços para o desenvolvimento de atividades que competem à entidade contratante corresponderá ao outsourcing ou externalização ⁸⁷, *assim se subsumindo o conceito no outro mais vasto de public procurement. Neste sentido genérico, outsourcing reporta-se a toda a decisão de recurso ao mercado para o aprovisionamento de bens intermédios ou a obtenção de serviços como alternativa a sua produção ou prestação pela própria entidade contratante”*.

Pelo termo *outsourcing* compreende-se, então, *“a transferência a terceiro de um setor de atividade de uma empresa, incluindo os seus meios, por um determinado período de tempo e nos termos acordados de preço e padrões do serviço”* ⁸⁸.

Eduardo Paz Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira, ao explanar acerca das peculiaridades do *outsourcing*, não o confundem com uma simples externalização de

⁸⁵ DRAY, Guilherme, no exercício da orientação académica.

⁸⁶ FERREIRA, Eduardo Paz et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Os limites da supervisão da gestão financeira pública: o recurso ao outsourcing. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque* - Volume I. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2010, pág. 457/458.

⁸⁷ Maria Regina Gomes Redinha emprega o termo “Exteriorização”: para designar *de modo genérico, na transferência para o exterior da empresa de certos segmentos da produção ou de certas actividades anexas à principal, a fim de poderem ser geridas ou produzidas em condições de custos e rentabilidade tanto mais vantajosas quanto permitam uma redução dos encargos fixos ou de uma atenuação dos riscos conjunturais. O arranjo técnico por que se rege essa transferência é múltiplice, por vezes sofisticado, por vezes disfarçado, mas acolhe distintamente dois instrumentos preferenciais: a subcontratação e o recurso sistemático à prestação de serviços*. *Op. cit.* pág. 32.

⁸⁸ FERREIRA, Eduardo Paz et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Op. cit.* pág. 458.

parte da atividade administrativa ou mesmo operacional empresarial; defendem ser indispensável a cessão de parte da “responsabilidade empresarial” quanto à transferência da gestão de determinada parcela do negócio à execução externa.

Esse senso de verdadeira “parceria” entre a empresa de trabalho temporário e o utilizador é o que mais se aproxima do conceito original de *outsourcing* e nos mostra uma visão diferenciada e, por que não assim dizer, mais aperfeiçoada ou mesmo qualificada do trabalho temporário. Os referidos autores compreendem que:

em sentido técnico (jurídico-econômico), outsourcing implica a existência de uma relação dotada de determinado grau de estabilidade entre cliente e prestador de serviços, traduzindo, em consequência, um grau, maior ou menor, de delegação a terceiros de responsabilidades que primariamente competiriam à entidade contratante ⁸⁹.

Converge com as ideias de Eduardo Paes Ferreira e de Ana Perestrelo de Oliveira a compreensão de Gene M. Grossman *et all* ⁹⁰ acerca do tema:

a terceirização significa mais do que apenas a compra de mercadorias intermediárias. Significa encontrar um parceiro com cuja empresa possa estabelecer uma relação bilateral, cabendo ao parceiro empreender relação capaz de produzir bens ou serviços que se ajustem à necessidade específica da empresa. Normalmente, mas não sempre, é regido por um contrato, mas mesmo nestes casos o documento legal não é capaz de garantir que os parceiros conduzam as atividades prometidas com o mesmo cuidado que a empresa usaria se ela mesma fosse para executar as tarefas.

Como se vê, o *outsourcing*, portanto, visa ao estabelecimento de uma parceria que garanta à empresa que decide externalizar parte de seu processo produtivo venha a obter novos produtos com as mesmas ou superiores características se comparados àqueles produzidos internamente antes da opção pela transferência de sua execução. Essa cessão a terceiros de parte da responsabilidade empresarial é, portanto, o *plus* que diferencia o simples contrato de trabalho temporário da figura jurídica do *outsourcing*.

Para que entendamos como foi obtida uma relação jurídica assentada sob tão fortes premissas, faz-se recomendável identificar as circunstâncias que impulsionaram o seu

⁸⁹ FERREIRA, Eduardo Paes et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Op. cit.* pág. 458.

⁹⁰ Há quem afirme que estamos vivendo a “*Idade do Outsourcing*”. GROSSMAN, Gene M. and HELPMAN, Elhanan. *Outsourcing in a Global Economy. The Review of Economic Studies*, Vol. 72, No. 1 (Jan., 2005), pp. 135-159. Oxford University Press, pág. 136.

surgimento também nesta etapa da pesquisa, para termos outro enfoque do que já foi visto na realidade brasileira, desta feita por intermédio de uma leitura daquilo que a legislação, doutrina e jurisprudência locais prescrevem. Esse encadeamento se mostra oportuno para a contextualização do tema “*outsourcing* público”.

Sebastião Nóbrega Pizzarro ⁹¹, nos explica o contexto histórico e econômico do surgimento do *outsourcing* ⁹² que, segundo ele, remonta ao período seguinte à segunda guerra mundial, cujo modelo empresarial então vigente preconizava a constituição de grandes empresas que concentravam, em seu interior, todas as fases de seu processo produtivo. Segundo o autor, o seu surgimento remonta ao período circunscrito entre as duas guerras e, com segurança, nele é registado, segundo sua compreensão, o nascimento de empresas de cedência de mão-de-obra na Europa ⁹³.

As crises petrolíferas da década de 70 do século passado, por seu turno, desencadearam forte instabilidade no mercado internacional, forçando uma mudança no paradigma dos negócios então existentes, tendo como reforço dessa reestruturação ⁹⁴ ⁹⁵ o impulsionamento de muitos avanços tecnológicos.

No sentir de Maria Regina Gomes Redinha, a convergência de vários aspetos macroeconômicos adversos trouxe impactos negativos às relações de emprego e também à organização técnica do trabalho, antes marcada pelo modelo tradicional da contratação por prazo indeterminado, que assume uma nova feição marcada pela prefixação de seu

⁹¹ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *O contrato de outsourcing* – 1ª. ed. – Coimbra Editora, 2010, pág. 09.

⁹² Aqui, foi utilizada a expressão *outsourcing*, mas o delineamento histórico se aplica, do mesmo modo, ao trabalho temporário.

⁹³ REDINHA, Maria Regina Gomes. A mesma doutrinadora compreende que “a maturação da figura encontra-se, assim, completa por volta da década de cinquenta tanto nos países europeus, sobretudo, na Inglaterra, França, Bélgica e Alemanha, como nos E.U.A. Mas é necessário aguardar pelos anos sessenta, também aqui os anos de toda a mudança, para que, colhendo o viço de um tempo de expansão econômica e de penúria de mão-de-obra, se inicie a multiplicação exponencial dos trabalhadores temporários a ponto da sua contabilização estatística ultrapassar, actualmente, 1% da população activa”. *Op. cit.* pág. 13.

⁹⁴ Ao contrário de uma ideia muito divulgada, a criação das ETT ou das suas antecessoras directas parece não ter tido origem nos Estados Unidos da América, mas sim na Inglaterra, onde, de acordo com alguns estudos, se descobrem desde 1700 serviços especializados no destacamento de pessoal para os sectores doméstico e de hotelaria, fosse para a substituição de ausentes, fosse para reforço de efectivos. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 12.

⁹⁵ A triangularidade que marca o trabalho temporário é um indicador irrefutável da desintegração do processo produtivo operada pela exteriorização das relações de trabalho. Quando o empregador contrata quem não emprega e o utilizador emprega quem não contrata, na divisa que encerra a cisão entre o indefectível de uma reorganização empresarial esquiva à condição de empregador que se quer desenredada; juridicamente, dos encargos sociais e dos custos fixos. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 64.

termo, o que traz como consequências a precariedade, mobilidade, flexibilidade e atipicidade na relação de emprego ⁹⁶.

Há, entretanto, doutrinadores que encontram situações embrionárias do trabalho terceirizado ou temporário em épocas mais remotas ao afirmar que o “outsourcing *não é novo; é tão velho quanto as rotas de comércio antigas a China e a Índia*” ^{97 98}.

A diminuição do tamanho das empresas e a necessidade de cortar os custos de produção, levaram à execução externa de partes do processo produtivo, geralmente em funções tidas por não essenciais, dando origem à “externalização”.

This major movement, driven by the tertiarization of industry and agriculture, goes logically hand in hand with the 'big bang' of the (bigger) companies. These may literally explode. Enterprises are engaging in outsourcing, entrusting tasks they used to do themselves to other enterprises which can provide them better quality for less money. A vast subcontracting exercise is going on. Gone are the days of enterprises that controlled raw materials, exploited their own coal and ore mines, their own railway system and so on, up to the final product, including its distribution. Outsourcing is in ⁹⁹.

Semelhante é a compreensão de Mihir A. Parikh *et* Gowree Gokhale ¹⁰⁰:

Consistent with the strategies adopted by the capitalist classes to reduce production costs and increase profits, outsourcing has increased in recent decades

⁹⁶ Ao romper da década de setenta, a conjugação do abrandamento do crescimento económico com a erupção da crise energética, a explosão demográfica, a intensificação da concorrência internacional e o embate da revolução tecnológica induziu a um quadro recessivo marcado pelo dramático crescimento do desemprego e da inflação. A breve trecho todo o aparelho produtivo entra em quebra e com ele sucessivas ondas de choque abalam a fisionomia do mercado de emprego e da organização técnica do trabalho o que bem se ressentia no léxico sombrio que se desenvolveu: quando antes se falava de estabilidade, passa a falar-se de mobilidade, flexibilidade, precariedade, atipicidade, atributos cuja tradução no quotidiano foi, frequentemente, pior emprego ou desemprego. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op. cit.* pág. 25

⁹⁷ Texto original em inglês. PARIKH, Mihir A. *et* GOKHALE, Gowree. *Legal and Tax Considerations in Outsourcing. Information Systems Outsourcing*. Second Edition. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2002, 2006, pág. 137.

⁹⁸ Nesse sentido: “In the strictest sense, outsourcing is not new; it has existed, albeit in forms, since the beginning of capitalism. Originally it took the form of tracting or piecework, but it has expanded and become more complex in years”. FERNÁNDEZ, Dídimio Castillo *et* VALENCIA, Adrián Sotelo. *Outsourcing and the New Labor Precariousness in Latin America. Latin American Perspectives*, Vol. 40, No. 5, *New structures for capital and forms of resistance* (September 2013), pp. 14-26. Sage Publications, Inc. pág. 15.

⁹⁹ BLANPAIN, Roger. *Guidelines for Multinational Enterprises, for Ever?* The OECD Guidelines, 20 years later. The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 14/4, 1998, pág. 344.

¹⁰⁰ Empregam a mesma expressão PARIKH, Mihir A. *et* GOKHALE, Gowree. *Legal and Tax Considerations in Outsourcing. Information Systems Outsourcing*. Second Edition. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2002, 2006. *Latin American Perspectives*, Vol. 40, No. 5, *New structures for capital and forms of resistance* (September 2013), pp. 14-26. Sage Publications, Inc., pág. 14.

in the United States and globally. It began in the United States during the 1970s and increased notably during the next two decades with the rise of neoliberalism.

Sebastião Nóbrega Pizzarro ressalta que a necessidade permanente das empresas desenvolverem estratégias competitivas, como forma de potencializar a sua posição no mercado, veio a ditar o reforço da cooperação entre as organizações e a consolidação das parcerias ¹⁰¹, o que justifica nossa compreensão da figura do *outsourcing* como uma “terceirização qualificada”.

A pesquisa anual do estadunidense Instituto de Terceirização de Usuários Finais ¹⁰² ¹⁰³ ¹⁰⁴, identifica os maiores motivos que levaram mais de mil e duzentas empresas a se utilizarem do *outsourcing*. Dentre eles, destacam-se:

- a) reduzir e controlar os custos operacionais;
- b) melhorar o foco da empresa;
- c) acessar recursos qualificados e atualizados;
- d) liberação interna de recursos;
- e) aceleração dos benefícios de reengenharia;
- f) tornar disponíveis fundos de capital;
- g) compartilhar riscos; e
- h) injeção de capital.

Curioso constatar que o *outsourcing* tem promovido, segundo a Organização Mundial do Comércio - OMC, a uma distribuição de investimentos e capitais entre diversos países do globo em decorrência dessa sistemática “pulverizada” de produção e comercialização de produtos e serviços. Vejamos a distribuição de riquezas identificada pela OMC em 1998, informação essa apontada na obra de Gene M. Grossman *et all* ¹⁰⁵:

A desintegração vertical é especialmente evidente no comércio internacional. Um relatório anual recente da organização mundial de comércio (1998) detalha, por exemplo, a produção de um particular carro “americano”: trinta por cento do valor do carro vão a Coreia para o conjunto, 17,5% ao Japão para componentes e

¹⁰¹ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Op. cit.* pág. 11.

¹⁰² *The Outsourcing Institute's Annual Survey of Outsourcing End Users.*

¹⁰³ <https://btsjobs.com/top-ten-outsourcing-survey/>

¹⁰⁴ Sebastião Nóbrega Pizzarro também identifica esses resultados. *Op. cit.* pág. 6.

¹⁰⁵ GROSSMAN, Gene M. *et all. Op. cit.* pág 135.

tecnologia avançada, 7,5% a Alemanha para o projeto, 4% a Tailândia e Singapura para partes menores, 2,5% ao Reino Unido para a propaganda e os serviços de marketing e 1,5% à Irlanda e a Barbados para o processamento de dados. Isto significa que apenas 37% do valor da produção... é gerada nos Estados Unidos.

Mas essa distribuição, a nível mundial, na alocação de capitais e investimentos traz consequências nem sempre animadoras no que diz respeito à criação de novos postos de trabalho ou às conquistas coletivas dos trabalhadores temporários. Segundo Dídimio Castillo Fernandes *et all*, um dos efeitos mais perniciosos do *offshoring*¹⁰⁶ é a diminuição das proteções legais dos trabalhadores. Assim, os efeitos dos investimentos realizados em países estrangeiros são bastante diversificados no que diz respeito à geração de emprego, o que tem provocado efeitos visíveis nas condições de trabalho e na eficácia da negociação coletiva. Os autores concluem pela precarização e flexibilização das condições laborativas, pela prática de baixos salários e falta de segurança social¹⁰⁷.

A afirmação acima já foi bem demonstrada na realidade brasileira e nas severas críticas ao instituto já citadas em tópico anterior.

Dídimio Castillo Fernandes *et all* compreendem que o *outsourcing* abriu as trincheiras para a crise do trabalho nos países emergentes. Apresenta-se como uma ferramenta poderosa que permite às empresas sobreviver, expandir e até mesmo ultrapassar ou transcender as leis nacionais em detrimento da classe trabalhadora, que teve de suportar o peso da crise capitalista e da opressão corporativa. Os trabalhadores nos países tidos por subdesenvolvidos ou em desenvolvimento têm tentado fomentar o surgimento de novas organizações representativas dos seus interesses diante da transformação estrutural que a externalização geralmente provoca, trazendo como consequência o enfraquecimento desta ferramenta de luta por melhores condições de trabalho e benefícios¹⁰⁸.

Maria Regina Gomes Redinha verifica que o trabalhador temporário (terceirizado), nesse momento de transição e de formação de novos paradigmas contratuais, portanto à

¹⁰⁶ A transferência à execução por terceiros das funções e serviços antes executados no próprio seio empresarial, que passam a ser executados por empresas situadas em outros países, alguns relativamente longínquos, de modo a diminuir custos e obter um melhor desempenho operacional. Nesse caso, dois fatores são determinantes à seleção dos parceiros: a melhor qualidade pelo menor custo de produção.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ, Dídimio Castillo *et all*. *Op. cit.* pág. 16.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ, Dídimio Castillo *et all*. *Op. cit.* pág. 23.

época do surgimento da externalização, alcançou discreta elevação no nível de retribuição¹⁰⁹ de modo a compensá-lo pelo necessário aumento na produtividade e pelas perdas decorrentes de uma nova relação de trabalho marcada pela predeterminação de sua duração a limites legalmente impostos quanto a um mesmo utilizador¹¹⁰:

Esquemáticamente, o principal fito desta relação salarial dominante, dita Fordista, é a integração dos trabalhadores na economia capitalista por via do consumo de massas obtido graças a um crescimento do salário nominal equipolente ao aumento da produtividade. Esta regularidade na progressão dos rendimentos do trabalho assegura, por seu turno, um acréscimo sem sobressalto na procura de bens de consumo. Este círculo vicioso ou idade feliz, pressupõe no seu fundamento uma transação social através do qual os trabalhadores aceitam a modernização do aparelho produtivo e as exigências daí decorrentes a troca da garantia de uma redistribuição do rendimento que lhes assegure o benefício dos ganhos de produtividade correspondentes.

Guilherme Dray nos mostra que, na atualidade, uma das mais importantes conquistas dos trabalhadores temporários portugueses consiste no direito ao recebimento de salário igual ao praticado aos empregados dos quadros efetivos da empresa tomadora dos serviços¹¹¹:

O trabalhador tem direito à retribuição mínima de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável à empresa de trabalho temporário ou ao utilizador que corresponda às suas funções, ou à praticada por este para

¹⁰⁹ A mesma autora defende que no período inicial de implantação das ETT o nível médio das retribuições praticadas era mesmo ligeiramente superior ao dos trabalhadores com qualificações e atribuições idênticas, como factor de aliciamento num período de escassez de mão-de-obra e de compensação pelas perdas de regalias sociais. Porém, com a instalação do serviço temporário na gestão corrente das empresas e com o sobre-excedente de mão-de-obra esse estímulo tornou-se desnecessário, assistindo-se hoje a uma parificação dos salários na contratação temporária e directa. Op. cit. pág. 95.

¹¹⁰ Op. cit. pág. 19/20.

¹¹¹ O referido autor nos apresenta jurisprudência nesse sentido: *Sobre quem incide a obrigação de pagamento da retribuição, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/4/2004, segundo o qual* “No contrato de trabalho temporário recai sobre o empregador – empresa de trabalho temporário – a obrigação de remunerar o trabalhador temporário de harmonia com a categoria profissional correspondente às funções que este efectivamente exercer”; *e o Acórdão da Relação de Coimbra, de 2/7/2013, segundo o qual* “Num contrato de utilização de trabalho temporário (...) a obrigação de pagamento da retribuição ao trabalhador cedido incumbe à empresa de trabalho temporário (cedente) e não ao utilizador (cessionário). II – A retribuição devida ao trabalhador cedido é, obrigatoriamente, a mesma que se paga ao trabalhador originário do utilizador que exerça as mesmas funções, paralelamente ao trabalhador cedido (como resulta do artigo 177º, nº. 1, alínea e) do Código do Trabalho), estando essa retribuição sujeita às incidências da regulamentação colectiva de trabalho aplicável aos trabalhadores do utilizador”. DRAY, Guilherme *et all.* Op. cit. pág. 476.

trabalho igual ou de valor igual, consoante a que for mais favorável, tendo ainda direito, em proporção da duração do respetivo contrato, a férias, subsídios de férias e de Natal, bem como a outras prestações regulares e periódicas a que os trabalhadores do utilizador tenham direito por trabalho igual ou de valor igual (n.ºs 5 e 6). No essencial, prefigura-se uma equiparação, ainda que tendencial, entre a retribuição auferida pelos trabalhadores temporários ao serviço do utilizador e os trabalhadores subordinados deste último. Assim sendo, a retribuição do trabalhador temporário, constituindo um encargo da empresa de trabalho temporário, pode ser determinada em função de elementos fornecidos pelo utilizador. A solução legal resulta, no fundo, do entrecruzar de dois princípios juslaborais: o princípio “a trabalho igual, salário igual” e o princípio do “tratamento mais favorável ao trabalhador”.

A figura jurídica do *outsourcing* permanece em constante evolução e, nos dias de hoje, não parece fazer muito sentido que este não possa bem desempenhar parte do *core business*, parcela da missão institucional da empresa que dele se utiliza.

À época de seu surgimento, muitos autores defendiam o ponto de vista de que o *outsourcing* deveria limitar-se tão somente às atividades secundárias do atuar empresarial ¹¹². Serviços de conservação, limpeza e vigilância, informáticos, consultorias técnicas especializadas, entre outras práticas que orbitam as atividades primordiais das empresas, passam então a ser facilmente transferidas a terceiros.

Entretanto, ao longo dos anos, os estudiosos sobre o tema passaram a questionar quais eram os motivos que impediam que houvesse a transferência de parcelas do *core competence* ¹¹³, da missão precípua da empresa (atividade-fim), caso demonstrado que parte do atuar empresarial pode vir a ser melhor desempenhado com o auxílio de empresas terceiras já existentes e consolidadas em seu segmento de mercado.

Essa mudança de paradigma deu azo ao surgimento da classificação de *outsourcing* entre “operativo” e “estratégico” ¹¹⁴, sendo o primeiro atrelado ao conceito tradicional do

¹¹² Nesse sentido. FERREIRA, Eduardo Paes *et* DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Op. cit.* pág. 460

¹¹³ Sebastião Nóbrega Pizzarro é incisivo ao afirmar que “*ao contrário dos primeiros anos, o outsourcing passou a abranger também o core competence das empresas. O objetivo específico de cada empresa existe, como sempre, mas deixou de ser essencial que seja a própria empresa a prosseguir-lo. A aposta em menos posse e em mais desenvolvimento de parcerias adequadas, nem que seja por vezes ao próprio core competence, permitem um incremento nos resultados, imprescindível à manutenção no mercado*”. *Op. cit.* pág. 11.

¹¹⁴ O autor sugere outras classificações: total, seletivo ou parcial; operacional, tático e estratégico; público e privado. PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Op. cit.* pág. 22

instituto, ligado à atividade meio e, o segundo, à transferência a terceiros de atividades fundamentais da empresa ¹¹⁵.

Sebastião Nóbrega Pizzarro ¹¹⁶ nos aponta novos conceitos relacionados à figura do *outsourcing* ¹¹⁷ :

- a) *right-outsourcing*: a procura do equilíbrio adequado entre os serviços ou atividades que a empresa decide manter sob execução direta e os serviços que devem ser postos à execução por terceiros;
- b) *in-house*: quando a empresa contratada em *outsourcing* desempenha suas atividades nas instalações da empresa contratante, à exemplo dos serviços de asseio e conservação, vigilância, recepção, etc.;
- c) *off-site*: execução nas instalações da empresa contratada (o oposto de *in-house*);
- d) *co-sourcing*: modalidade recente em que as empresas envolvidas partilham os riscos da operação;
- e) *out-tasking*: consiste em pequena alteração do *outsourcing*, sendo contratadas determinadas tarefas, funções ou serviços especializados,
- f) *offshore outsourcing*: o *outsourcing* de funções e serviços por empresas situadas em outros países relativamente longínquos, de modo a diminuir custos e obter melhor desempenho operacional;
- g) *onshore outsourcing*: o oposto de *offshore outsourcing*;
- h) *backsourcing*: o retorno à execução direta de atividades que foram antes entregues em *outsourcing*;
- i) *transformational outsourcing*: mudança na forma como o negócio é desenvolvido obtida por meio da oferta de vantagens competitivas pelo parceiro (*outsourcer*) em determinado segmento ou mercado geográfico.

Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira são incisivos ao afirmar, posicionamento por nós reconhecido, que hoje está longe de ser irrefutável a ideia de que o *outsourcing* só pode ter lugar para a execução de atividades-meio da empresa. Não há,

¹¹⁵ Nesse sentido. FERREIRA, Eduardo Paes et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Op. cit.* pág. 460

¹¹⁶ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Op. cit.* pág. 12,15, 16 e 21.

¹¹⁷ Alguns autores apontam uma outra figura, para a qual utilizam a expressão “*insourcing*” que quer designar uma decisão de um sujeito para realizar uma determinada atividade internamente em vez de comprar a atividade de um fornecedor externo. Nesse sentido, ESKILDSEN, Casper Bjerregaard. *Insourcing and Outsourcing in a VAT Context*. INTERTAX, Volume 40, Issue 8/9. Mon - Feb 11, pág. 444.

em abstrato, qualquer motivo que fundamente uma impossibilidade absoluta de externalização das atividades compreendidas no *core business* empresarial ¹¹⁸.

E esclarecem que:

“no campo da teoria da empresa, são atividades core ou primárias todas as que fazem parte do processo de produção que contribui para a criação de um output (produto e/ou serviço) que tem um valor para o consumidor final, uma procura de mercado e pelo qual o cliente está disposto a pagar o preço. Todos os demais elementos do processo produtivo têm, segundo esta perspectiva, carácter secundário: são atividades non core” ¹¹⁹.

2.2.2 Outsourcing e Serviço Público

Recorremos à contextualização do tema idealizada por Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira com intuito de demonstrar que a figura do *outsourcing* público já se faz presente em Portugal entre entidades da Administração Pública portuguesa, notadamente junto às autoridades administrativas independentes ¹²⁰:

A moderna gestão financeira pública levanta um conjunto de questões complexas que se situam no centro da mais recente evolução do direito financeiro e, genericamente, dos modos de organização e actuação do Estado. Estas novas questões resultam, em larga medida, da importação para a esfera pública de conceitos e técnicas oriundos da iniciativa privada. Traduzem, também, a crescente influência dos modelos anglo-saxónicos e da literatura económica norte-americana. Entre os novos métodos de actuação encontramos, paradigmaticamente, o recurso ao outsourcing, frequente no sector público, por exemplo, entre entidades também de tipo novo na Administração Pública Portuguesa (as autoridades administrativas independentes), que são objeto de uma verificação da qualidade da gestão, em detrimento da tradicional apreciação circunscrita aos aspectos de legalidade.

¹¹⁸ *Op. cit.* pág. 461

¹¹⁹ *Op. cit.* pág. 461/462

¹²⁰ *Op. cit.* pág. 457.

Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira nos informam que a opção pelo *outsourcing* público tem dado ensejo a uma supervisão de certo modo equivocada pelos órgãos de controlo da atividade estatal:

“A indefinição de conceitos na área da contratação pública externa tem levado, por vezes, a exageros de supervisão, adotando-se, com frequência, conceitos de outsourcing que se revelam muito amplos ou que espelham uma visão dos limites desta técnica de cariz estritamente formal, recorrendo-se a uma distinção entre competências core e não core que, não só não é já indiscutível no âmbito empresarial, como não pode mesmo ser exportada automaticamente para o âmbito da contratação por entes públicos” ¹²¹.

Segundo os mencionados autores, foi o exercício de uma fiscalização a moldes ortodoxos pelos órgãos de controlo administrativo que retardou o emprego do *outsourcing* público no ordenamento português:

“Em Portugal, o processo de reequilíbrio e de aproximação entre o setor público e o setor privado demorou a desenvolver-se. A tal desenvolvimento tardio, correspondeu, de resto, uma tradicional limitação da fiscalização dos entes públicos à ótica da legalidade, que só mais tarde se foi estendendo à apreciação das questões próprias da gestão” ¹²².

Sebastião Nóbrega Pizarro nos mostra que a opção pública pelo *outsourcing* já é uma estratégia adotada em vários Governos ¹²³. Aponta a tendência de crescimento da externalização pública, acelerada pela *“redução de custos e (pela) melhoria nos serviços, trazida pelo envolvimento do know-how do sector privado nas atividades do sector público”*. O autor ressalta as diferenças entre os dois segmentos, sendo que, no setor público, ao invés dos lucros, a alternativa pela adoção do *outsourcing* deverá acrescer valor às verbas públicas ¹²⁴.

Recorremos ao direito comparado para ressaltar que a experiência estadunidense revelou uma fácil introjeção da figura do *outsourcing* nas contratações públicas naquele

¹²¹ *Op. cit.* pág. 463

¹²² *Op. cit.* pág. 463

¹²³ *É normal assumir-se que o outsourcing é uma actividade que se manifesta predominantemente no sector privado. Na verdade não é assim. A necessidade de cortar os crescentes défices nas contas públicas levou os Governos à procura de formas menos dispendiosas de fornecer serviços públicos. As privatizações de empresas públicas resolviam parcialmente este problema, mas em sectores onde não eram exequíveis, o outsourcing surgiu como uma alternativa credível.* PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Op. cit.* pág. 23.

¹²⁴ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Op. cit.* pág. 25.

país. Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira ¹²⁵ dão notícia dessa adaptação, referindo-se à obra de Peter Vincent-Jones, *The new public contracting*:

*“A new public contracting corresponde, por outro lado, o new public management, que se caracteriza pelo uso de mecanismos de controlo indireto em detrimento de comandos diretos, pela devolução das responsabilidades aos níveis mais baixos das hierarquias organizativas, pela substituição de um planeamento central pormenorizado das relações através de contratos, e, finalmente, pelo alargamento do papel dos setores não-estatais do fornecimento de serviços públicos”*¹²⁶.

Mas, e quanto à Administração Pública, poderia ela “terciarizar” parcela de sua missão principal? Isto seria aceitável no ordenamento jurídico português?

Jorge Correia debruçou-se sobre a questão da transferência de atividades típicas de Estado à execução por particulares, analisando a experiência de diversas democracias ocidentais. Destacou também a experiência estadunidense de “transferir” para empresas privadas funções típicas de Estado e de soberania, dentre elas o controlo fronteiriço e a segurança privada de cidadãos ¹²⁷.

Quanto ao controlo fronteiriço americano, função de evidente soberania, este pressupõe o controlo da emigração, o equilíbrio entre os estados vizinhos, o patrulhamento das fronteiras e atividades correlatas.

Jorge Correia ¹²⁸ nos informa que o *American Department of Homeland Security* se utiliza de empresas privadas para realizar o patrulhamento das fronteiras que separam aquele país do México:

O controlo do espaço fronteiriço exige o outsourcing e a cessão de mão de obra privada para ações de vigilância e de segurança das fronteiras, incluindo a captura de imigrantes ilegais e o exercício da coação física – funções de soberania estadual ¹²⁹.

¹²⁵ *Op. cit.* pág.463.

¹²⁶ No original, devidamente consultado por este pesquisador, pág. 311.

¹²⁷ CORREIA, Jorge André Alves. *Contrato Administrativo e Soberania do Estado: Referência ao problema do “outsourcing de funções de Soberania” nos domínios da Segurança Pública, da Defesa Nacional e do Sistema Prisional*. Revista de Contratos Públicos no. 10 (janeiro-abril 2014). Coimbra Editora, pág. 118 e seguintes.

¹²⁸ Com base em estudo de VERKUIL, Paul. *Outsourcing Sovereignty*. pág. 33 – 37.

¹²⁹ CORREIA, Jorge André Alves. *Op. cit.* pág. 119.

O citado autor faz alusão ao exercício privado da atividade policial em complemento às atuações federais, estaduais e municipais nos Estados Unidos da América. Segundo ele, o *U.S Department of Defense* faz uso do *outsourcing* para a execução de atividades de segurança e patrulhamento de cidades, além de investigações criminais, vislumbrando, para um futuro próximo, no “mundo anglo-saxônico”, uma verdadeira “*fúria privatizadora*”¹³⁰ dos serviços de polícia, tudo isto em nome da ordem, segurança, tranquilidade e salubridade públicas¹³¹.

O emprego generalizado do *outsourcing* nas atividades de segurança e polícia estadunidenses é justificado pela ideia de “Estado mínimo”, que o Poder Público deve abster-se de intervir na economia do país, na expectativa de que tal pratica maximize o progresso e a prosperidade naquele país.

Oportuno destacar as críticas que Jorge Correia¹³² tece sobre a privatização das atividades de segurança e soberania na experiência dos Estados Unidos da América, dando-nos a ideia de que a “privatização” da segurança pública, da justiça e do poder de polícia não pode ser posta em prática no ordenamento português, por contrariar alguns princípios e normas constitucionais voltadas ao Direito Público:

- a) Transferência indevida do poder de coação do Estado para o particular;
- b) Violação de normas e princípios do Direito Internacional Público – a utilização de militares privados em zonas internacionais de conflito armado é comparada à contratação de mercenários, refletindo no nível de responsabilidade penal internacional dos conflitos armados, implicando em evasão de responsabilidades;
- c) As diferentes regras de disciplina entre os efetivos e os contratados pode dar ensejo a desvios de poder, práticas abusivas ou mesmo torturas;
- d) As forças armadas estadunidenses tiveram que realizar treinamentos dos agentes de segurança privados, o que implicou na realização de despesas, dando ensejo, em algumas situações, a um “*duplo recebimento*” pelos serviços executados;
- e) O perigo do uso excessivo do *outsourcing* em áreas ligadas à soberania e segurança tem o efeito perverso de deslegitimar a ação internacional do Estado.

¹³⁰ GROSSMAN, Gene M. et all. *Op. cit.* pág. 135.

¹³¹ CORREIA, Jorge André Alves. *Op. cit.* pág. 122.

¹³² CORREIA, Jorge André Alves. *Op. cit.* pág. 128.

Jorge Correia faz uma análise de como seria interpretada eventual “externalização”¹³³ das atividades de segurança e soberania no cenário jurídico português e conclui¹³⁴:

se fosse aplicada ao ordenamento jurídico português, julgamos que aquela figura não resistiria ao veredicto da inconstitucionalidade, por violação dos artigos 3º, no. 1 (a soberania é “una e indivisível”) e 111º, no. 2 (“não delegação do poder de soberania”), da CRP. Não apenas o outsourcing traduziria uma concessão da soberania como divisível ou fracionável, como expressaria uma delegação de poder contrária à Constituição.

Não estamos certos de que o modelo americano de *outsourcing* seja um bom exemplo a ser seguido no ordenamento português, uma vez que o seu emprego para as atividades finalísticas do Estado pode esbarrar em disposições constitucionais contrárias. Ainda assim, nada se opõe ao seu emprego na área meio da Administração.

Citando Peter Vincent-Jones, Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira revelam um novo *standard* de gestão pública, em que é possível a utilização do *outsourcing* para as áreas não finalísticas do Poder Público, especialmente para aquelas entidades detentoras de estruturas colegiadas e deliberativas superiores a sua Direção Executiva, a quem caberá aprovar ou não os atos de gestão considerados essenciais ao atendimento dos fins a que essas figuras públicas se destinam. O “crivo” a que nos reportamos, essa gestão compartilhada de responsabilidades, seria operada por intermédio da aprovação, por parte de seus Conselhos de Administração e Fiscal, das decisões já adotadas ou em vias de realização por parte da Diretoria Executiva da entidade, conforme a situação concreta e as previsões de cada estatuto social:

“O órgão de fiscalização assume uma importância decisiva para a apreciação da gestão e constitui um interlocutor privilegiado das entidades externas de controlo, na medida em que já apreciou as opções sobre as quais estas vão se pronunciar. É através desta cooperação que melhores resultados se poderão obter neste plano”¹³⁵.

¹³³ Empregam a mesma expressão PARIKH, Mihir A. et GOKHALE, Gowree. *Op. cit.*, pág. 14; COSTA, Ana Lambelho. *A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da actual legislação laboral*. I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, pág. 13.

¹³⁴ CORREIA, Jorge André Alves. *Op. cit.* pág. 128.

¹³⁵ *Op. cit.* pág. 465.

A estrutura organizacional indicada pelos autores acima referidos não é difícil de ser encontrada especialmente se olharmos para o setor empresarial do Estado. Para algumas instituições, a existência de colegiados administrativos e fiscais superiores à diretoria executiva pode propiciar a tomada de decisões mais maduras, fundamentadas ou mesmo estratégicas quanto à adoção do *outsourcing*.

“A decisão concreta de recorrer ao outsourcing ou produzir internamente os bens ou serviços considerados – a tradicional “make or buy question” – implica a ponderação das diversas variáveis envolvidas no processo, exigindo, frequentemente, uma análise custo-benefício da contratação externa. Nomeadamente, a decisão relativa ao verdadeiro e próprio outsourcing – aquele que implica o “desinvestimento de uma função empresarial” – é toada a um nível estratégico, através de um processo que começa com a identificação das áreas que devem ser objeto de externalização e justificação dessa opção, e que prosseguirá com a seleção dos contratantes, através de procedimentos transparentes. Assim, quando em causa esteja o recurso ao outsourcing em sentido rigoroso, com “delegação” de responsabilidades em terceiros com características de estabilidade e, nessa medida, numa base estrutural, a opção de contratualização deve ser tomada, e devidamente fundamentada, ao nível dos instrumentos de gestão estratégica da entidade pública considerada” ¹³⁶.

Ao cogitar essa divisão de responsabilidades entre a direção executiva e os conselhos de administração e/ou fiscal pela decisão conjunta na adoção da “externalização”, uma futura avaliação, a operar-se pelos órgãos de controlo estatal, tenderá a ser mais palatável à figura do *outsourcing*.

Ainda assim, Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira ¹³⁷ advertem que a avaliação de uma decisão administrativa voltada à adoção do *outsourcing* como ferramenta de alcance de parte de seus objetivos institucionais não tem como seguir os mesmos parâmetros utilizados pela iniciativa privada:

“Por isso já se escreveu que “certamente a observação mais frequentemente repetida sobre a gestão pública respeita ao fato de condições como a ausência de

¹³⁶ FERREIRA, Eduardo Paes et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Op. cit.* pág. 467

¹³⁷ Os autores fazem alusão à obra de HAINEY/HAN CHUN, “*Public and private management compared*”. In the Oxford Hand-book of public management, pág. 82. Este pesquisador não obteve sucesso na busca do texto original, seja em meio físico ou eletrônico.

mercado, a produção de bens e serviços insuscetíveis de avaliação imediata a um preço de mercado, as expectativas de accountability, justiça, transparência e honestidade, bem como de boa performance, complicarem os objetivos e critérios de avaliação das organizações públicas. Os objetivos e critérios de performances são acentuadamente mais diversificados, com conflitos mais frequentes (envolvendo trade-offs mais complexos), e de caráter mais marcadamente intangível e mais difíceis de medir do que sucede com as empresas privadas. Faltam, pois, indicadores de performance claros, de tal maneira que importa encarar com cautela a transposição para o domínio público dos critérios de avaliação utilizados no âmbito privado, vinculados a resultados nitidamente quantitativos, quando é certo que, no setor público, os objetivos são fundamentalmente qualitativos, relacionados com a maximização do bem-estar público ¹³⁸.

Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira compreendem que a defesa de um processo de “externalização” perante os órgãos de controlo da atividade administrativa, vista pela ótica da legalidade, não traria maiores dificuldades; entretanto, a alteração dessa prática para a apreciação de problemas de gestão pode mostrar-se um tanto mais complexa ¹³⁹. Defendem o dever de transparência na tomada pública de decisões, por meio da obrigação legal de explicar ou justificar as suas decisões ou atos a outra pessoa ou ente:

Ora, se apreciação da legalidade do recurso a técnicas como a da contratação pública externa não levanta problemas significativos, o mesmo não se dirá quanto à avaliação das questões próprias da gestão. Com efeito, a passagem da apreciação dos problemas de legalidade para a apreciação de problemas de gestão é sempre mais complexa, não obstante a relevância que esta dupla vertente assume no âmbito da accountability do ente público. Trata-se, em termos sintéticos, de um processo através do qual uma entidade se encontra obrigada a explicar ou justificar as suas decisões ou actos a outra pessoa ou ente, de acordo com determinados critérios, e, posteriormente, a corrigir quaisquer falhas ou erros detectados. Assim, se consegue evitar o abuso de poder e alcançar o propósito, mais construtivo, de promover uma performance eficiente e efectiva através da

¹³⁸ *Op. cit.* pág. 468

¹³⁹ *Op. cit.* pág. 464.

troca de ideias e fornecimento de informação. A importância da accountability no âmbito da “nova contratação pública” é irrecusável.

Os tão citados Eduardo Paes Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira ¹⁴⁰ conseguem vislumbrar o modo de avaliação, por parte dos órgãos de controlo, de uma decisão administrativa pela adoção do *outsourcing* em Portugal:

Em causa está, naturalmente, uma forma de controlo que envolverá duas dimensões: a prévia especificação das obrigações ou standards e a subsequente monitorização da actividade e decisões alcançadas através do ente público ou entidade contratada. Nos casos em que existe um elevado grau de independência da entidade em causa, o controlo ex ante será mínimo, com uma maior ênfase no controlo ex post.

2.3 Mecanismos de proteção ao trabalhador temporário previstos no Código do Trabalho português

No Código do Trabalho, encontramos uma primeira disposição que visa resguardar os direitos dos trabalhadores temporários ao disciplinar a imputação de responsabilidades nos casos em que sejam verificadas irregularidades na execução dos contratos de trabalho temporários:

Artigo 174.º Casos especiais de responsabilidade da empresa de trabalho temporário ou do utilizador

1 - A celebração de contrato de utilização de trabalho temporário por empresa de trabalho temporário não licenciada responsabiliza solidariamente esta e o utilizador pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, relativos aos últimos três anos, bem como pelos encargos sociais correspondentes.

2 - O utilizador é subsidiariamente responsável pelos créditos do trabalhador relativos aos primeiros 12 meses de trabalho e pelos encargos sociais correspondentes.

¹⁴⁰ *Op. cit.* pág. 464.

No nosso sentir, os dois comandos constantes do artigo 174º do Código do Trabalho são distintos e independentes entre si. O número 2 do referido dispositivo deixa incontestado que “*o utilizador é subsidiariamente responsável pelos créditos do trabalhador relativos aos primeiros 12 meses de trabalho e pelos encargos sociais correspondentes*”. E isto independe de ter havido a “*celebração de contrato de utilização de trabalho temporário por empresa de trabalho temporário não licenciada*”, que atrairia um nível mais elevado de responsabilização, a solidária, conforme prescreve o item 1, do artigo 174º. Assim, o primeiro ano da relação jurídica possui mecanismo legal que potencializa as possibilidades de adimplemento desses créditos em Portugal. Tal dispositivo pode ser aplicado qualquer que seja a natureza jurídica do utilizador.

Outro mecanismo de proteção ao trabalhador temporário que merece nossa atenção encontra previsão no número 3, do art. 177º do Código do Trabalho:

3 - O contrato de utilização de trabalho temporário deve ter em anexo cópia da apólice de seguro de acidentes de trabalho que englobe o trabalhador temporário e a atividade a exercer por este, sem o que o utilizador é solidariamente responsável pela reparação dos danos emergentes de acidente de trabalho.

Os casos de acidente de trabalho também receberem a especial atenção do legislador português. Aqui também a Administração Pública também pode vir a responder, de modo solidário, pela reparação dos danos, caso não venha a exigir a correspondente cobertura securitária da empresa de trabalho temporário.

Das disposições do Código do Trabalho também retiramos a finalidade da caução exigida quando da celebração de contrato com a empresa de trabalho temporário:

Artigo 190.º

Prestações garantidas pela caução para exercício da actividade de trabalho temporário

1 - A caução constituída pela empresa de trabalho temporário para o exercício da actividade garante, nos termos de legislação específica, o pagamento de:

a) Crédito do trabalhador temporário relativo a retribuição, indemnização ou compensação devida pelo empregador pela cessação do contrato de trabalho e outras prestações pecuniárias, em mora por período superior a 15 dias;

b) Contribuições para a segurança social, em mora por período superior a 30 dias. (...)

Como vimos, essa caução pode não ser suficiente suportar o adimplemento da totalidade dos créditos decorrentes de um despedimento coletivo, em valores calculados na forma do artigo 366º do Código do Trabalho, devendo tais créditos ser saldados exclusivamente pela empresa de trabalho temporário, caso não se consiga identificar outro mecanismo que viabilize a imputação de responsabilidades ao tomador dos serviços. Mas a pesquisa deve avançar antes de tirarmos quaisquer conclusões, por se mostrarem precipitadas!

Conclui-se, portanto, que o legislador cogitou a possibilidade da caução se mostrar insuficiente ao inadimplemento integral de uma despedida mais expressiva de trabalhadores, tanto é que estabeleceu uma ordem de preferência no pagamento viabilizado por meio desta:

Artigo 191.º

Execução da caução (...)

6 - No caso de a caução ser insuficiente face aos créditos cujo pagamento é solicitado, este é feito de acordo com os seguintes critérios de precedência:

a) Créditos retributivos dos trabalhadores relativos aos últimos 30 dias da actividade, com o limite correspondente ao montante de três vezes a retribuição mínima mensal garantida;

b) Outros créditos retributivos por ordem de pedido;

c) Indemnizações e compensações pela cessação do contrato de trabalho temporário;

d) Demais encargos com os trabalhadores.

Avançando no Código do Trabalho português, encontramos uma outra proteção vocacionada a toda e qualquer modalidade de cessação de relação de trabalho, mas que se aplica ao caso em foco conforme previsão inserta no art. 336º do Código do Trabalho, o Fundo de Garantia Salarial, que se destina *ao pagamento de créditos de trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil.*

Por outro enfoque, para avançarmos na sequência lógica desta análise, é oportuno consignar que o Código do Trabalho traz uma limitação temporal para os casos de contrato de trabalho temporário:

Artigo 182.º

Duração de contrato de trabalho temporário

3 - A duração do contrato de trabalho temporário a termo certo, incluindo renovações, não pode exceder dois anos, ou seis ou 12 meses quando aquele seja celebrado, respectivamente, em caso de vacatura de posto de trabalho quando decorra processo de recrutamento para o seu preenchimento ou de acréscimo excepcional de actividade da empresa.

4 - O contrato de trabalho temporário a termo incerto dura pelo tempo necessário à satisfação de necessidade temporária do utilizador, não podendo exceder os limites de duração referidos no número anterior.

Pra os fins desta investigação, entendemos ser viável a concretização da situação hipotética em um contrato de trabalho com duração de dois anos ¹⁴¹.

Por outro lado, como já vimos, “o pagamento de créditos de trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil”, pode ser assegurado pelo Fundo de Garantia Salarial, nos termos previstos em legislação específica. Luís Manuel Teles Menezes Leitão nos informa, entretanto, que o Fundo de Garantia Salarial não pode suportar a totalidade dos créditos eventualmente inadimplidos:

“o pagamento pelo Fundo limita-se, porém, ao montante equivalente a seis meses de retribuição, que não podem exceder o triplo da retribuição mínima garantida (art. 320.º 1, LECT), e só sendo satisfeitos os créditos que se tiverem vencido nos seis meses anteriores à data da propositura da acção ou do procedimento de conciliação (art. 319º, nº 1, LECT)”¹⁴².

Como proteção geral, a garantia de pagamento a ser viabilizada pelo Fundo está adstrita aos últimos seis meses de retribuição. Mas, se levarmos em consideração que o contrato de trabalho a termo certo pode ter duração máxima de dois anos - e que os casos

¹⁴¹ As hipóteses autorizadoras da contratação temporária existentes no Código do Trabalho português já foram bem identificadas no subitem 1.5.2 – Motivação para a contratação.

¹⁴² *Op. cit.* pág. 375.

em que ficou estatuída a responsabilidade solidária dificilmente ocorrerão no seio das contratações do Poder Público, dada a exigência legal de prévio procedimento licitatório para as contratações públicas - só teremos a fatibilidade da atribuição de responsabilidade subsidiária do Poder Público relativa apenas aos primeiros 12 meses de trabalho e o pagamento por meio do Fundo de Garantia Salarial para os 6 derradeiros meses. Ainda restam descobertos os créditos relativos a 6 meses de trabalho caso o contrato atinja a duração máxima de dois anos. Assim, conclui-se que parte dessa relação pode estar descoberta de proteção, o que nos estimula a avançar!

A solução ao problema poderia estar na caução prevista nas disposições do artigo 190º do Código do Trabalho, mas já se demonstrou que essa pode ser insuficiente nos termos do artigo 191º, item 6, do Código do trabalho.

Impende, desse modo, averiguar se há outras alternativas a que o trabalhador temporário possa lançar mão no intuito de obter a justa retribuição ao trabalho despendido em favor da Administração.

2.4 Responsabilização do Poder Público

2.4.1 Obrigações da Empresa de Trabalho Temporário

Dando continuidade à sequência lógica desta pesquisa, neste momento nos cabe analisar se o ordenamento português possui mecanismos suficientes para que se possa atribuir algum tipo de responsabilidade ao Poder Público verificada a concretização da situação hipotética de inadimplemento de verbas decorrentes de contratos de trabalho temporário.

Como já exposto, apenas em casos muito particulares, as garantias exigidas das empresas de trabalho temporário não estariam aptas a saldar a totalidade dos compromissos decorrentes de uma rescisão contratual temporária por meio da caução exigida ao seu funcionamento ou mesmo por intermédio do Fundo de Garantia Salarial.

Mas o legislador não prescreve nada sem um fundamento de razão e, já vimos, a caução que se presta a assegurar o recebimento dos créditos decorrentes da rutura da relação de trabalho temporário pode vir a ser objeto de rateio entre os interessados.

Assim, nos apegaremos a esse pormenor para aferir a existência de uma outra linha argumentativa que, ao lado dos mecanismos de proteção estatuídos pelo Código do

Trabalho, possa resguardar o adimplemento da totalidade desses créditos eventualmente descumpridos por empresas em processo de encerramento de atividades ou qualquer outra situação de inadimplência.

Ana Lambelho Costa concorda quanto à possibilidade de sobejarem créditos laborativos inadimplidos, à exemplo de um iminente encerramento das atividades de empresa de trabalho temporário, ao asseverar que a *subcontratação traz especiais riscos para os créditos dos trabalhadores, pelo que se justifica, em nosso entender, a situação de vantagem relativamente aos demais credores, como mecanismo de reposição da igualdade contratual* ¹⁴³. A referida autora justifica tal assertiva diante da pequena dimensão patrimonial que costuma possuir a empresa de trabalho temporário, o que pode implicar no enfraquecimento, por consequência, das garantias patrimoniais dos trabalhadores ¹⁴⁴.

Dada a similitude entre os ordenamentos analisados, verificou-se a possibilidade de construir semelhante tese jurídica àquela posta em prática no ordenamento brasileiro, que lançou mão de institutos oriundos de outros ramos do direito, com aplicação subsidiária ao direito laboral.

Assim, esta investigação extrapola os limites do direito laboral para averiguar a licitude da conduta do ente público contratante da empresa de trabalho temporário. Serão identificados e analisados deveres e obrigações no campo do Direito Administrativo visando a uma futura aferição da legalidade da contratação pública sob análise e a identificação de eventuais responsabilidades que possam recair sobre o Poder Público. Portanto, caso venha a ser identificado que ato omissivo ou comissivo, imputável à Administração ou seus agentes, do qual decorram prejuízos ao trabalhador, já se mostra oportuno ressaltar que o ordenamento português nos autoriza a lançar mão do instituto privado da “Responsabilidade Civil” que tem a sua aplicabilidade ao Direito Administrativo prevista no artigo 280º, número 3, do Código dos Contratos Públicos - Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro ¹⁴⁵.

¹⁴³ COSTA, Ana Lambelho. *A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da actual legislação laboral*. I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais. pág. 54.

¹⁴⁴ COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 52.

¹⁴⁵ Portugal. Decreto-Lei n.º 18/2008, art. 280º: 3 - *Em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil.*

Guilherme da Fonseca compreende que a responsabilidade civil consiste na necessidade imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão, mediante uma reconstituição natural uma indenização em dinheiro ¹⁴⁶.

Trocando em miúdos, a responsabilidade civil pretende o restabelecimento da situação verificada anteriormente ¹⁴⁷ à ocorrência de ato ou omissão lesivos, imputado a outrem ou a alguém que agia em seu nome, e, caso a recomposição do prejuízo não seja possível por meio da substituição da coisa, determina que haja a justa indenização.

Assim, através deste instituto procura-se transferir as consequências da lesão efectuada ao lesado para o lesante, pois o que está em causa é perceber quem é que deve suportar o dano: se o titular do direito lesado ou o autor do facto ilícito. Numa lógica de justiça correctiva, chegar-se-á sempre à conclusão que é o gerador do dano que deve suportá-lo, e não quem o sofreu, como ditaria o brocardo latino ubi commodum ibi incommodum ^{148 149}.

Ainda apegados à lição de Ana Lambelho Costa, segundo a qual o trabalhador não pode ficar sem qualquer mecanismo de compensação diante dessa fragilidade setorial, comungamos do entendimento de que sempre que as empresas tenham estruturas organizativas comuns ou, ainda que as não tenham, cooperem, de forma duradoura, interferindo essa cooperação nas opções de gestão empresarial e, direta ou indiretamente, nas relações laborais estabelecidas ou a estabelecer, devem as empresas envolvidas ser responsabilizadas ¹⁵⁰.

Na defesa da responsabilização, Ana Lambelho Costa destaca o fato do tomador dos serviços se beneficiar diretamente da força de trabalho dos empregados temporários, tal como se empregador fosse, entretanto sem os inconvenientes da relação convencional de emprego ¹⁵¹. A autora defende a responsabilização objetiva e subsidiária da empresa tomadora dos serviços:

¹⁴⁶ DA FONSECA, Guilherme. *A responsabilidade civil dos poderes públicos*. 1ª ed. Coimbra Editora. Abr/2015, pág. 17.

¹⁴⁷ “*status quo ante*”

¹⁴⁸ A expressão quer significar que todo aquele que alegar determinado benefício ou proveito - “*commodum*” - de uma dada situação ou coisa, terá igualmente de suportar os prejuízos - “*incommodum*” - que dessa situação resultarem.

¹⁴⁹ DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 18.

¹⁵⁰ COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 54.

¹⁵¹ COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 54.

A responsabilidade do empresário principal pelas dívidas emergentes do contrato de trabalho celebrado entre o seu cooperante e os trabalhadores será extracontratual objectiva ou pelo risco, pois resultam da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem. É fundamento da responsabilidade objectiva que quem retira benefícios da actividade de outrem responda pelos danos que este possa causar. Assim, se a empresa principal leva a cabo a sua actividade produtiva com o auxílio de outrem, podendo aquela determinar aspectos organizativos desta, justifica-se a sua responsabilização pelo incumprimento dos deveres que o controlado tem para com os seus trabalhadores ¹⁵².

A citada doutrinadora esclarece, entretanto, que, no seu entendimento, tal solução necessita de amparo legal para que possa ser aplicada, pelo fato deste tipo de responsabilidade só existir quando a lei expressamente o consignar, na forma do artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil. Mas, fora dos casos em que se pode confirmar a existência de estruturas organizativas comuns, não há disposição legal que a determine, conclui a autora ¹⁵³. Em sua compreensão, tal responsabilidade seria, porém, subsidiária à responsabilidade do formal empregador, funcionando apenas como uma garantia ao trabalhador ¹⁵⁴.

Consideradas as ponderações de Ana Lambelho Costa, de modo a aferir a existência de mecanismos efetivos de responsabilização do Poder Público, o próximo passo seria analisar se a Administração possui algum dever relacionado à execução contratual na utilização de trabalho temporário. Isto porque, seria necessário um fazer ou um não fazer imputável ao Poder Público, sem o qual, o evento danoso não teria ocorrido.

Segundo o Decreto-Lei nº 18/2008, o “*contrato administrativo constitui, para o contraente público e para o co-contratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei*” ¹⁵⁵.

¹⁵² COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 55.

¹⁵³ COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 55.

¹⁵⁴ COSTA, Ana Lambelho. *Op. cit.* pág. 55.

¹⁵⁵ Portugal. Art. 286º Código dos Contratos Públicos.

O contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato¹⁵⁶.

Assim, em contratações mais expressivas, o Código dos Contratos Públicos - CCP elenca as possibilidades de a Administração exigir a prestação de caução¹⁵⁷ pelo co-contratante ou a apresentação de seguro da execução do contrato a celebrar, garantia essa que cubra o respetivo preço contratual ou declaração de assunção de responsabilidade solidária com o adjudicatário, pelo mesmo montante, emitida por entidade bancária¹⁵⁸.

Caso “*não tenha sido exigida a prestação de caução, pode a entidade adjudicante, se o considerar conveniente, proceder à retenção de até 10 % do valor dos pagamentos a efetuar, desde que tal faculdade seja prevista no caderno de encargos*”, como disciplina o artigo 88º do Decreto-Lei nº 18/2008. Tal alternativa se mostra oportuna para o pagamento de salários e encargos sociais em atraso por parte da empresa de trabalho temporário.

Compreendemos que a possibilidade de retenção de parte do pagamento a que faz jus o co-contratante deve estar prevista nos editais de todas as contratações de trabalhadores temporários e imediatamente utilizadas caso os agentes públicos incumbidos da fiscalização contratual identifiquem que a empresa de trabalho temporário enfrenta dificuldades que podem levar à inadimplência - o que pode ser evitado pela Administração, ao lançar mão desse recurso em tempo hábil.

A propósito dos “poderes do contraente público”, o artigo 302º, número 3, contempla a possibilidade do exercício da fiscalização contratual de modo a “*assegurar a funcionalidade da realização do interesse público visado pela decisão de contratar*”, como complementa o artigo 303º, item 1 do Decreto-Lei nº 18/2008.

Carla Amado Gomes nos auxilia na compreensão do conceito de fiscalização contratual pela Administração Pública^{159 160}:

¹⁵⁶ Portugal. Art. 281º Código dos Contratos Públicos.

¹⁵⁷ O Art. 89º Código dos Contratos Públicos disciplina os percentuais a ser exigidos da empresa em fase de contratação.

¹⁵⁸ Portugal. Art. 88º, do Código dos Contratos Públicos.

¹⁵⁹ GOMES, Carla Amado. *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*. Volume II - Lisboa: AAFDL, 2018, pág 678.

¹⁶⁰ *Na linguagem corrente, fiscalização e inspeção comungam da ideia de verificação ou controlo da conformidade de uma coisa ou atividade com as regras aplicáveis ou os padrões exigíveis; e podem referir-se a uma grande variedade de situações.* RAPOSO, João. *A fiscalização e a inspeção*. In *Organização*

Por fiscalização administrativa (que se distingue da fiscalização de natureza política e jurisdicional da Administração, a qual se efetiva através de órgãos políticos ou jurisdicionais), em sentido material, pode entender-se a atividade desenvolvida, de forma continuada pela Administração Pública, ou por particulares designados por esta, com vistas a garantir o cumprimento das leis e regulamentos administrativos aplicáveis (controlo de legalidade) e os padrões de qualidade exigíveis aos serviços públicos (controlo de qualidade), bem como a satisfação, pelos particulares, das suas obrigações legais, contratuais ou decorrentes de atos administrativos de que sejam destinatários.

Há que se ressaltar que o dever de fiscalização da execução contratual se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro e seu descumprimento (ato omissivo) atrai a responsabilização subsidiária do ente contratante.

O *modus operandi* dessa fiscalização está assim disciplinada no Código dos Contratos Públicos:

Artigo 305.º

Fiscalização do modo de execução do contrato

1 - O contraente público dispõe de poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contrato por forma a poder determinar as necessárias correcções e aplicar as devidas sanções.

2 - Sem prejuízo do disposto em matéria de segredo profissional ou comercial e do regime aplicável a outra informação protegida por lei, a fiscalização deve limitar-se a aspectos que se prendam imediatamente com o modo de execução do contrato, podendo realizar-se, designadamente, através de inspecção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade ou mediante pedidos de informação, (...)

Como é corriqueiro afirmar na seara do Direito Administrativo, os poderes administrativos são tidos como autênticos deveres, o que os transmuta em “Poderes-Deveres” - não se mostrando como algo de exercício facultativo - e o seu incumprimento

Administrativa: novos actores, novos modelos. Coordenação. GOMES, Carla Amado. Volume I. AAFDL. Lisboa, 2018, pág. 675.

pode dar ensejo a prejuízos a terceiros de boa-fé, o que a Administração Pública deve evitar para não atrair para si nenhuma responsabilidade.

Carla Amado Gomes nos detalha quais são as obrigações de carácter laboral que são relevantes de considerar ¹⁶¹:

...”não são todas as normas laborais que, relativamente a todo o contrato público, são atendíveis no controlo preventivo ou sucessivo da entidade adjudicante. São apenas aquelas cuja aferição faça sentido no contexto do momento específico da formação ou execução do contrato. O contrato não é um instrumento ao serviço de uma função principal de fiscalização exterior a si próprio. É uma oportunidade ou um meio (acessório) para esse controlo relativamente a normas cuja invocação seja pertinente no caso”.

Desse modo, o exercício dos poderes de fiscalização financeira e jurídica do modo de execução desse tipo de contratação aparece como mecanismo de proteção do contratante público quanto aos efeitos jurídicos que a inadimplência do co-contratante pode desencadear, em decorrência da aplicação dos institutos do Direito Civil, adiante melhor descritos.

Nos casos de incumprimento por fatos imputáveis ao co-contratante, o Código dos Contratos Públicos - CCP prevê, em seu Artigo 325º, que “*se o co-contratante não cumprir de forma exata e pontual as obrigações contratuais ou parte delas por facto que lhe seja imputável, deve o contraente público notificá-lo para cumprir dentro de um prazo razoável*”. E, nos termos do item 2, do Artigo 325º, “*mantendo-se a situação de incumprimento após o decurso do prazo referido no número anterior, o contraente público pode optar pela efectivação das prestações de natureza fungível em falta, directamente ou por intermédio de terceiro, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo, nos termos do disposto no artigo 333º*”.

Como vimos, há vários modos de resguardar os interesses dos empregados temporários colocados a serviço dos Poderes Públicos, seja por meio de uma atuação preventiva (notificação para cumprimento de determinado dever legal ou regulamentar), seja pelo cumprimento por intermédio de terceiro ou, contando o mal pela raiz, com a resolução contratual fundamentada em inadimplemento.

¹⁶¹ GOMES, Carla Amado *et al.* *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos* - 2ª. Edição – Lisboa: AAFDL. 2018, pág. 240.

O exercício da fiscalização ou a decisão pela resolução contratual não prejudica a aplicação, pelo contraente público, de sanções previstas no contrato para o caso de incumprimento pelo co-contratante, por fato que lhe seja imputável, nem a aplicação das disposições relativas à obrigação de indenização por mora e incumprimento definitivo previstas no Código Civil, nos termos do artigo 325º, item 4, do CCP.

A resolução contratual por incumprimento é também conhecida como Resolução Sancionatória e encontra previsão no artigo 333º, do CCP.

Para a situação hipotética desta investigação, fica patente o Poder-Dever administrativo de fiscalizar a execução contratual; o cuidado de exigir da empresa de trabalho temporário a exibição mensal dos comprovativos de pagamentos de salários e demais encargos sociais, além da comprovação de sua regularidade fiscal durante toda a execução contratual. A omissão no exercício desse Poder-Dever pode acarretar a imposição de sanções à Administração.

2.4.2 Responsabilidade Civil Pública

Vimos acima a possibilidade de um não-fazer da Administração - a omissão do Poder-Dever de fiscalizar a execução contratual - dar ensejo a prejuízos a terceiros, no caso, os empregados temporários que estejam à disposição do Poder Público e que deixem de receber seus créditos salariais ou rescisórios em razão da inadimplência da empresa de trabalho temporário.

O fato imputável à Administração já foi delineado anteriormente. Mas, e quanto aos demais elementos para a configuração da Responsabilidade Civil? Necessitamos averiguar. Começemos com a própria Constituição da República Portuguesa.

O artigo 22º da Lei Maior portuguesa assim prescreve:

Artigo 22.º (Responsabilidade das entidades públicas)

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Disseque as disposições constitucionais, de modo a retirar os elementos necessários à responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público, segundo a Constituição portuguesa:

1. Ato omissivo ou comissivo;
2. (praticados/omitidos) no exercício de funções administrativas;
3. por causa desse exercício/omissão, resulta violação a direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.

Tiago Serrão ¹⁶² enxerga as disposições do artigo 22º da CRP como:

“um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, pela violação de direitos de liberdade e pelos danos (morais e patrimoniais) causados, pelos titulares dos seus órgãos ou quaisquer outros servidores públicos, mediante a prática de factos funcionais, positivos (ações) ou negativos (omissões). Um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, em forma solidária, com os referidos servidores”.

Tiago Serrão ¹⁶³ vai mais além, ao demonstrar que tal “princípio” pode ser empregado em qualquer das vertentes do atuar público:

“concretizando, existe um direito à indemnização (de índole pública), quer o comportamento derive do exercício da função política, da função legislativa, da função administrativa ou da função jurisdicional”.

Jorge Silva Sampaio considera que as disposições do art. 22º da CRP vieram definitivamente superar a ideia de irresponsabilidade do Estado ou mera responsabilidade indireta:

De facto, contrariamente àquela que era a tradição constitucional portuguesa, que se focava primordialmente na responsabilidade dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes do Estado – a qual se aplica especificamente o disposto no art. 271º da CRP -, decorre do art. 22º da CRP, que se encontra sistematicamente inserido no Título respeitante aos princípios gerais em sede de

¹⁶² SERRÃO, Tiago. *Alguns problemas de constitucionalidade do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. In a Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo português.* - Edição única – Lisboa: AAFDL. 2018, pág. 154/155.

¹⁶³ SERRÃO, Tiago. *Op. cit.* pág. 155.

direitos fundamentais, uma verdadeira norma geral de responsabilidade directa do Estado e demais entidades públicas ¹⁶⁴.

Vejamos, à propósito, o que estabelece o citado artigo 271º da CRP:

Artigo 271.º (Responsabilidade dos funcionários e agentes)

1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.

3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

4. A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

Como se pode perceber, por meio das disposições do artigo 22º e 271º, ambos da CRP, que o Estado responderá solidariamente com os seus agentes pelos danos que decorrem da atuação administrativa, seja em decorrência de atos ou omissões, sempre que essa ação ou omissão traga um prejuízo a terceiros, sendo cabível o direito de regresso pela máquina administrativa.

Ambas as prescrições constitucionais acima mencionadas garantem respaldo às disposições da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que atualmente disciplina a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa.

¹⁶⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. *A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional* in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas* – Comentários à luz da jurisprudência. AAFDL, 2017. Coordenação: Carla Amado Gomes, pág. 31.

Correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de Poder Público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

Foram retirados do Acórdão do Tribunal de Conflitos nº 011/2011, de 20/06/2012 os conceitos fundamentais da relação jurídica administrativa, desprezada a clássica distinção entre gestão pública e gestão privada, que se mostrou essencial para a fixação da competência da Justiça Administrativa até poucos anos atrás:

Seguindo ainda a definição de Vieira de Andrade (A Justiça Administrativa, Lições, 2000, p. 79) a relação jurídica administrativa é «aquela em que um dos sujeitos, pelo menos, é uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, actuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido».

A actual definição legal, na esteira da lei fundamental, deixou de estribar a delimitação da jurisdição administrativa na distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, deslocando o pólo aglutinador para o conceito de relação jurídica administrativa e de função administrativa, em que avulta a realização de um interesse público levado a cabo através do exercício de um poder público e, portanto, de autoridade, seja por uma entidade pública, seja por uma entidade privada, em que esta actua no uso de prerrogativas próprias daquele poder ou no âmbito de uma actividade regulada por normas de direito administrativo ou fiscal.

Necessário será que as acções ou omissões geradoras de responsabilidade sejam levadas a cabo «no exercício de prerrogativas de poder público», ou que sejam «regulados por disposições ou princípios de direito administrativo», isto é, desde que as pessoas colectivas de direito privado actuem em moldes de direito público deve aplicar-se às suas acções e omissões o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Como diz Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, 2.ª edição, Coimbra, 2011, pág. 33, nestas situações «a jurisdição administrativa intervém por via da extensão a pessoas colectivas de direito privado do regime substantivo de responsabilidade civil do direito público, o que sucede (...) quando actuem no

exercício de prerrogativas de autoridade de poder público ou segundo um regime de direito administrativo. O que releva, nesse caso, é já a natureza jurídica pública da situação de responsabilidade e, por isso, a circunstância de as entidades em causa praticarem actos que possam integrar o conceito de gestão pública».

Como se pode observar das lições acima transcritas, a finalidade pública é elemento fundamental para que haja a responsabilização administrativa.

Assim sendo, em situações de inadimplência da empresa de trabalho temporário quanto às verbas remuneratórias ou mesmo rescisórias dos empregados que estiveram “cedidos” à Administração, eventual questionamento judicial deverá ocorrer perante os Tribunais Administrativos.

Por outra perspectiva, para retomar ao tema central, caso sejam verificados danos provocados por empresas de trabalho temporário pela inadimplência aos créditos trabalhistas de seus empregados (ou ex-empregados), seria correto atribuir qualquer tipo de responsabilização a titulares de órgãos, funcionários ou agentes, dados os fundamentos jurídicos ora expostos.

No exercício da função administrativa, tais servidores deixaram de cumprir algo que o ofício lhe compelia, a fiscalização contratual. Já houve a demonstração dessa ocorrência.

Assim, o ato omissivo em questão traz, reflexamente, prejuízos aos empregados, o que reclama a responsabilização civil prevista no artigo 271º, item 1, da CRP. Dada a cristalinidade de suas disposições, não há como acatar ideias em sentido não convergente.

Fora a hipótese da omissão administrativa de fiscalizar a execução contratual, outra situação que nos levaria a eventual responsabilização administrativa seria a decorrente de eventuais descumprimentos aos mecanismos de proteção ao trabalho temporário previstos no Código do Trabalho Português e já mencionados em tópico anterior, uma vez que a atuação administrativa pressupõe o caminhar dentro dos parâmetros da estrita legalidade.

É que o caso em análise diz respeito a situações em que a Administração age ou se omite licitamente e sem culpa, mas, ainda assim, dessa ação ou omissão decorrem lesões aos bens ou a direitos dos particulares. Não se pode perder isto de vista.

Guilherme da Fonseca analisa as disposições constitucionais do artigo 22º, da CRP, e conclui que:

“o regime de solidariedade previsto na norma do art. 22º só deve ser aplicado à responsabilidade extracontratual por facto ilícito, i. e., ao mal funcionamento da Administração, dos Tribunais e dos órgãos titulares da função legislativa... ...Todavia, a natureza principialista desta norma permite, por exemplo, excluir a solidariedade nos casos de culpa leve do titular da função administrativa”¹⁶⁵.

Em nossa opinião, as disposições do artigo 22º da CRP não carregam nenhuma restrição ou alusão implícita à prática de atos lícitos ou ilícitos pela Administração para dar ensejo à responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas. Assim, na nossa compreensão, basta que o ato ou omissão tenham lugar no exercício das funções públicas e, por causa desse exercício, resulte a violação a direitos, liberdades e garantias ou o prejuízo a outrem para surgir o dever de indenizar. Sob tais premissas, entendemos de que o artigo 22º da CRP é fundamento primeiro para a responsabilização da Administração.

Jorge Silva Sampaio defende que a norma constitucional do art. 22º é uma “Norma-Princípio”¹⁶⁶:

Tal afirmação é natural, uma vez que a norma do Estado de Direito, de uma forma muito genérica (e em alguma medida vaga), significa que o Estado se encontra obrigado a respeitar o direito prescrito constitucionalmente – ora, como o âmbito de previsão da norma do Estado de Direito é mais ampla que o da norma de responsabilidade civil extracontratual do Estado é normal que se verifique uma sobreposição entre as prescrições das duas normas numa relação total-parcial. Além disso, em função desta maior amplitude da previsão da norma do Estado de Direito, podemos ainda dizer que a norma de responsabilidade civil extracontratual do Estado é uma especificação da primeira, e, nessa modalidade, é justificada pela primeira.

Isto dito, cumpre precisar que tipo de norma é a constante do art. 22º da CRP. De facto, a norma em causa costuma ser apresentada como uma norma de princípio. Contudo, tal classificação depende do critério adoptado para a distinção. Admitindo a distinção entre regras e princípios com base na diferente

¹⁶⁵ DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 37.

¹⁶⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *Op. cit.* pág. 35/36.

estrutura da previsão destas normas e que o elemento distintivo se encontra na genericidade das condições de aplicação – mais concretamente, os princípios caracterizar-se-iam por conhecerem na sua previsão um conjunto indeterminado (potencialmente ilimitado) de condições de aplicação disjuntivas, tendo em conta que, além das restantes condições de aplicação acima identificadas, a previsão da norma é preenchida sempre que quaisquer (todas) acções ou quaisquer (todas) omissões que violem direitos, liberdades e garantias ou que provoquem prejuízo na esfera jurídica de outrem, estamos perante uma norma princípio.

No entender do referido autor, que converge com o nosso, ao tê-la como uma norma-princípio, as disposições do artigo 22º da CRP seriam autoaplicáveis.

Ao seu turno, Guilherme da Fonseca ¹⁶⁷ procura destacar a importância e a abrangência dos comandos do art. 22º da Lei Maior portuguesa:

Procurando resumir o que se pode retirar do art. 22º da CRP, diremos que da sua colocação sistemática podemos concluir que integra um princípio geral, que abrange todos os direitos e interesses legalmente protegidos (e não só os direitos, liberdades e garantias), todos os danos (patrimoniais ou não), todas as funções do Estado (administrativa, judicial e político-legislativa) e todas as entidades públicas (não só o Estado).

Referido autor comunga da ideia de que, caso não se tratasse de uma norma aplicável a toda e qualquer atividade ou omissão administrativa, judicial ou legislativa ¹⁶⁸, as disposições do art. 22º teriam sido inseridas no título IX da parte III da CRP ¹⁶⁹.

Miguel Bittencourt da Câmara ¹⁷⁰ destaca a natureza dúplice da norma do art. 22º da CRP, sendo por ele considerada uma garantia institucional, pelo aspeto objetivo, e também tida por um direito subjetivo fundamental. Segundo o citado doutrinador ¹⁷¹:

“existe uma conexão constitucional do princípio da responsabilidade do Estado com outros princípios estruturantes, como seja o do Estado de Direito (art. 1º e 2º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da acção do Estado (art. 4º) e o próprio princípio da igualdade (art. 13º). Assim, a responsabilidade do

¹⁶⁷ DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 28.

¹⁶⁸ No mesmo sentido, DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *Op. cit.* pág. 12.

¹⁶⁹ DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 34.

¹⁷⁰ DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *Op. cit.* pág. 11.

¹⁷¹ DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *Op. cit.* pág. 19/20.

Estado emerge como princípio estruturante das ordens jurídicas contemporâneas, enquanto vector de protecção e de garantia de todos os cidadãos em face da máquina estatal (dimensão objectiva) e já não apenas como mero efeito/remédio necessário perante uma actuação ilícita, conforme foi concebido na esfera cível”.

Guilherme da Fonseca também defende que as prescrições do art. 22º da CRP são diretamente aplicáveis em quaisquer danos ocasionados pelo funcionamento da máquina administrativa ¹⁷²:

Voltando ao núcleo das normas dos arts. 22º e 271º da CRP, há uma atenção especial à norma do art. 22º e a sua dimensão totalizante das prestações reparatórias, sendo que se trata de uma norma diretamente aplicável. O que se vê nesse art. 22º é um direito geral das pessoas à reparação dos danos causados por outrem, aí incluindo o princípio geral da responsabilidade patrimonial directa das entidades públicas – à cabeça, o Estado – por danos causados aos cidadãos (em sentido mais amplo, do favorecimento da protecção dos cidadãos, acolhido já no art. 483º do Código Civil).

O citado autor tece dois novos esclarecimentos acerca dessa responsabilidade ¹⁷³:

Primeiro, fica de fora a responsabilidade pessoal, que está reflectida no art. 271º da CRP; segundo, é materialmente inconstitucional qualquer regime legal que exclua a responsabilização do Estado e demais entidades públicas.

Miguel Bittencourt da Câmara também compreende que as prescrições do art. 22º da CRP funcionam como um limite negativo ao legislador ordinário no exercício dessa atividade, que tem por obrigação resguardar o núcleo essencial da norma no que concerne à afirmação da responsabilidade civil dos poderes públicos com a respetiva obrigação indenizatória ¹⁷⁴ ¹⁷⁵.

Miguel Bittencourt da Câmara pondera, entretanto, que, no ponto de vista de boa parte da doutrina portuguesa, a norma constitucional não contém a totalidade dos

¹⁷² DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 42/43.

¹⁷³ DA FONSECA, Guilherme. *Op. cit.* pág. 43.

¹⁷⁴ DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *Op. cit.* pág. 22.

¹⁷⁵ O autor conclui que é possível extrair do princípio da responsabilidade civil dos poderes públicos duas dimensões: *uma objectiva, de base meramente organizatória e directamente relacionada com outros princípios (como sejam o do Estado de Direito – art. 1º e 2º, o princípio da constitucionalidade e legalidade da acção do Estado – art. 4º e o próprio princípio da igualdade – art. 13º); e outra subjectiva, ou seja, da qual decorre um verdadeiro direito fundamental, directamente aplicável.* DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *Op. cit.* pág. 22.

elementos para parametrizar o dever de indenizar. Entretanto, em seu pensar, a incompletude da norma não legitima a negação de sua dimensão subjetiva e nem implica em sua conversão a uma simples garantia institucional ¹⁷⁶ :

“a negação por alguns autores da existência da existência de uma dimensão subjectiva ínsita à norma do art. 22º fundamenta-se na incompletude da norma, uma vez que o preceito não esclarece os pressupostos específicos da existência do direito a uma indemnização, não indica as condições que devem ser verificadas para que se possa anuir quanto a sua titularidade concreta, nem tão-pouco enuncia os parâmetros de decisão que devem ser utilizados para que se possa condenar o Estado a indemnizar danos por si provocados. Entendemos, no entanto, que a pretensa incompletude da norma não legitima a negação de sua dimensão subjectiva ou a sua conversão numa simples garantia institucional; a ser assim, de resto, dever-se-ia recusar a dimensão subjectiva de uma parte significativa do catálogo português dos direitos fundamentais, por idêntica razão. Essa mesma acepção também significaria reconhecer um reduzido alcance que a norma, efectivamente, julgamos não ter”.

O princípio do Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição da República portuguesa, por suas conotações históricas e sua natureza de “princípio fundamental”, é, na verdade, a expressão da ideia de que as garantias da liberdade, igualdade e segurança dos cidadãos encontram fundamento na sujeição do Poder Público a normas jurídicas. Assim, um Estado informado pela ideia de Direito não pode, sem negar a sua própria essência, ser um Estado prepotente, arbitrário ou injusto (cf. os Acórdãos n.º 205/2000 e 491/2002).

Nessa perspetiva, o Acórdão n.º 73/2009 nos informa que:

«[O] princípio da proporcionalidade [como um] princípio geral de limitação do poder público que pode ancorar -se no princípio geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (também o Estado—legislador) adequar a sua ação aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou excessivamente onerosas ou restritivas».

¹⁷⁶ Op. cit. pág. 22.

E, no seu Acórdão de n.º 387/2012, o Tribunal Constitucional reconheceu:

«[A]s decisões que o Estado (lato sensu) toma têm de ter uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrárias e que esta finalidade deve ser algo de detetável e compreensível para os seus destinatários. O princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma “justa medida” e encontra sede no artigo 2.º da Constituição. O Estado de direito não pode deixar de ser um “Estado proporcional”».

Inspirados nesse senso de justiça e proporcionalidade, devemos avançar no campo do direito positivado.

No campo infraconstitucional, a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, vem disciplinar a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de Direito Público - RRCEE. Vejamos algumas de suas disposições que nos trazem informações relevantes para o deslinde da questão em foco.

Após a entrada em vigor do RRCEE, não se fez mais necessário recorrer à jurisprudência para identificar as situações que correspondem ao exercício da função administrativa, assim consideradas “as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”¹⁷⁷.

Nos termos da lei, “quem esteja obrigado a reparar um dano, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”¹⁷⁸. Isto privilegia os Princípios da Proporcionalidade e da Igualdade, antes mencionados.

Nuno Trigo dos Reis¹⁷⁹ nos apresenta os contornos dessa reparação civil que visa ao restabelecimento do *status quo ante*:

A obrigação de indemnização afirma o significado da justiça corretiva num sentido da igualação entre o prejuízo sofrido pelo lesado e a lesão imputada ao lesante: ela pressupõe, deste modo, um dano (e logo, a identificação de uma vantagem merecedora de protecção jurídica), e tem como consequência a causação

¹⁷⁷ Portugal. RRCEE, art. 1º, item 2.

¹⁷⁸ Portugal. RRCEE, art. 3º, item 1.

¹⁷⁹ DOS REIS, Nuno Trigo. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. In O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência* - Lisboa: AAFDL, 2017, pág.245/246.

do resultado mais aproximado possível de uma situação hipotética, aquela que existiria se a lesão não se tivesse verificado, e na medida em que esse resultado seja conforme com o sistema de valorações da ordem jurídica.

O RRCEE regula também “a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício”¹⁸⁰.

Nuno Trigo dos Reis ¹⁸¹ nos mostra como será a recomposição dos danos ocasionada por atos omissivos do Poder Público, como é o caso da situação hipotética aqui investigada:

“Note-se que o critério definidor da indemnização depende da norma primária violada: se, na aprovação do acto administrativo ilegal, a responsabilidade se dirigirá primeiramente à colocação do lesado na situação em que ele estaria se o acto não tivesse chegado a ser eficaz, na omissão do acto administrativo ou normativo devido, a indemnização serve a atribuição de um sucedâneo das vantagens que o particular teria logrado obter se aquele acto houvesse sido pontualmente praticado”.

E o autor nos mostra que:

“o efeito útil da pretensão indenizatória não se esgota, como efeito, na reconstituição da situação (fática ou jurídica), existente ex ante, destinando-se a remover da esfera do lesado todas as situações danosas por si sofridas, o que compreende não apenas os prejuízos temporários, sofridos no interim entre a provocação do efeito objectivamente desconforme e o trânsito em julgado da decisão condenatória, e os custos conexos com o exercício do direito, mas igualmente a perda das vantagens que o credor teria actualmente se aquele efeito não se tivesse produzido” ¹⁸² ¹⁸³.

¹⁸⁰ Portugal. RRCEE, art. 1º, item 3.

¹⁸¹ *Op. cit.* pág. 249.

¹⁸² DOS REIS, Nuno Trigo. *Op. cit.* pág. 249.

¹⁸³ O referido autor elenca como danos passíveis de ressarcimento os danos emergentes e lucros cessantes; prejuízos de carácter transitório, tais como o desaproveitamento de despesas (a despesa como dano) e o dano de privação de uso; a “perda de uma chance”; danos presentes e futuros e danos não patrimoniais.

O exercício do direito de regresso da máquina administrativa passa a ser obrigatório nos casos previstos no RRCEE, sem prejuízo do dever de instauração de procedimento disciplinar a que haja lugar na situação concretamente analisada ¹⁸⁴.

No caso em análise, há que se perquirir o nível de culpabilidade da conduta dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes públicos de modo a identificar as consequências que o legislador idealizou para cada caso, em soluções bem distintas, conforme a intensidade desse elemento volitivo.

Logo, o artigo 10.º, número 2, nos traz a orientação de que se presume a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos por parte dos agentes públicos e, em se tratando de culpa leve dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, *no exercício da função administrativa e por causa desse exercício*, a responsabilidade pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas será exclusiva do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, nos termos do artigo 7º, item 1, do RRCEE.

No sentir de Tiago Serrão ¹⁸⁵:

A fronteira entre os casos suscetíveis de gerar responsabilidade dos servidores públicos e os casos que só podem originar responsabilidade da Administração é demarcada com base no tipo e grau de culpa concretamente verificados, o que confere à culpa uma importância reforçada. Para além de pressuposto constitutivo da responsabilidade, a culpa revela-se igualmente imprescindível ao nível do delineamento do quadro de repartição de responsabilidades, legalmente consagrado.

Tiago Serrão ¹⁸⁶ vê questões de constitucionalidade quando o RRCEE vem se afastar das prescrições constitucionais do artigo 22º da CRP, as quais, no sentir do autor, “*adota um princípio de responsabilidade solidária entre a Administração e seus agentes*”:

Se a Constituição faz da solidariedade um elemento central do quadro jurídico de responsabilidade pública que acolheu, pode o legislador ordinário

¹⁸⁴ Portugal. RRCEE, art. 6º, item 1.

¹⁸⁵ SERRÃO, Tiago. *Op. cit.* pág. 157.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, pág. 158.

afastar-se da mesma em casos de negligência leve? Eis a questão à qual importa procurar responder ¹⁸⁷.

Mas o referido autor constata não haver qualquer incompatibilidade entre o “princípio da solidariedade passiva” do Poder Público e as prescrições do artigo 22º da CRP:

“porque ver no regime de responsabilidade solidária (do artigo 22º da Constituição) um regime absolutizante equivaleria a desconsiderar outros princípios constitucionais, que convivem com o primeiro, e que não impedem – bem pelo contrário, que favorecem – a consagração, no plano legal, de soluções normativas que, em caso de negligência leve, isentem de responsabilidade os servidores públicos” ¹⁸⁸.

Para fins de aferição da licitude da conduta do agente público, devemos partir da ideia de que *“são consideradas ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”* ¹⁸⁹.

Recordemos que, para o caso objeto desta investigação, o ato omissivo estaria relacionado ao Poder-Dever de Fiscalização, previsto no Código dos Contratos Públicos.

“A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor” segundo prescreve o artigo 10º, item 1, do RRCEE.

Carla Amado Gomes pondera que ¹⁹⁰:

¹⁸⁷ Segundo o autor, *“a maioria dos Autores sufragou a tese da inconstitucionalidade, precisamente pelo facto de se consagrar, na Constituição, um regime de solidariedade que se revelava juridicamente fechado, no sentido de não abrir exceções. Outros Autores, em número bem menor, sustentaram que, com o novo figurino constitucional, o que o legislador constituinte pretendeu assegurar foi uma responsabilização, em todo e qualquer caso, do Estado e das demais entidades públicas, sempre que os servidores fossem chamados a responder. Para estas vozes, ao excluir da responsabilidade, em certas situações, os servidores públicos, o parâmetro constitucional não teria sido supervenientemente posto em causa, pois a função de garante da Administração, que a Constituição de 1976 teria acolhido, estaria devidamente salvaguardada: no fundo, o direito à indemnização dos lesados contaria com proteção, logo, não haveria inconstitucionalidade”* (op. cit. pág. 159).

¹⁸⁸ Op. cit. pág. 161.

¹⁸⁹ Portugal. RRCEE, art. 9º, item 1.

¹⁹⁰ GOMES; Carla Amado. Op. cit. pág. 149.

...o desligamento do artigo 22º da CRP e do pressuposto da culpa permite olhar para a responsabilidade pública de forma mais publicista sem negar a necessidade de, em casos de negligência grave ou dolo, responsabilizar também o funcionário, num propósito simultaneamente disciplinador e moralizador da actuação administrativa. Simplesmente, o modelo, assim perspectivado, sofre uma inversão significativa: em vez de a Administração só responder por facto ilícito quando o funcionário age com culpa, agora, a Administração responde sempre e exclusivamente por “mero” facto ilícito, a não ser que pretenda caracterizar a culpa (grave ou dolosa) do funcionário na produção do resultado lesivo.

A referida autora nos esclarece que, para o particular lesado, haverá uma alteração em sua estratégia processual. Em sua opinião, ao invés de tomar como ponto de partida de sua pretensão indenizatória a caracterização da ilicitude da atuação administrativa que desagua em uma lesão a direitos, para então chegar à demonstração da culpa do agente, pelas atuais regras, haverá a necessidade de indicar a lesão e o respetivo nexo de causalidade, cabendo, desta feita, à Administração invocar e comprovar a falta grave ou dolo do agente, chamando-o à demanda para exercer o contraditório e viabilizar o direito de regresso por parte da pessoa coletiva ¹⁹¹.

Tomando essas disposições por norte, o incumprimento (omissão) ao dever de fiscalização afasta o agente público da “*diligência e aptidão que seja razoável exigir*”, pois a conduta do preposto da Administração é formalmente definida e exigida por meio de lei, como já demonstrado anteriormente.

Reconhece-se, assim, o dever legal de aferição do grau de culpabilidade da conduta do agente público, de modo a aferir a viabilidade do exercício do direito de regresso, conforme se depreende das disposições a seguir transcritas:

Artigo 8.º

Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave

4 - Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou

¹⁹¹ GOMES; Carla Amado. *Op. cit.* pág. 149.

agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

Tiago Serão ¹⁹² nos informa que, no plano jurisprudencial, não é conhecido um só caso em que o poder público tenha buscado o ressarcimento - direito de regresso - dos prejuízos provocados por seu agente que agiu com dolo ou culpa grave e tal conduta ocasionou prejuízos aos particulares ¹⁹³.

A culpabilidade do agente deve ser bem aferida em razão dos “*titulares de órgãos, funcionários e agentes (restarem legalmente) responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo*” ¹⁹⁴.

Mas o legislador atribuiu responsabilidade subsidiária do Poder Público “*com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões ... tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício*” ¹⁹⁵.

Sempre que houver a satisfação de qualquer indenização nos termos do parágrafo acima:

“o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.” ¹⁹⁶.

¹⁹² SERRÃO, Tiago. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. In O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*. Lisboa: AAFDL, 2017, pág. 384.

¹⁹³ *Daqui decorre, numa linguagem impressiva, que o direito de regresso continua em coma, não obstante a tentativa de restabelecimento jurídico de que foi alvo, em 2007/2008. A desolação advém do facto de um dos propósitos centrais do legislador, quando da aprovação, publicação e entrada em vigor do RRCEE, ter sido (completamente) gorado. Pretendia o legislador democrático colocar um ponto final no anterior estado a que estava sujeita a (não) efectivação do direito de regresso, mas esse fito não foi, minimamente, alcançado. Op. cit. pág. 397.*

¹⁹⁴ Na forma do artigo 8º, item 1, do RRCEE.

¹⁹⁵ Portugal. RRCEE, art. 8º, item 2.

¹⁹⁶ Portugal. RRCEE, art. 8º, item 3.

Havendo pluralidade de agentes, será solidária a responsabilidade, presumindo-se iguais as culpas entre estes, nos termos do artigo 10.º, número 4, do RRCEE.

Trocando em miúdos, são consideradas ilícitas todas as condutas que violem disposições legais, à exemplo do Poder de Fiscalização previsto no artigo 305º, do Código dos Contratos Públicos - Decreto-Lei nº 18/2008 ¹⁹⁷.

Há a presunção *juris tantum* ¹⁹⁸ de que a culpa do agente é leve na prática de atos jurídicos ilícitos (art. 10.º, 2, RRCEE) e, uma vez configurada essa ligeira intensidade na culpabilidade do agente público, a responsabilidade será exclusiva do Estado (artigo 7.º, item 1, do RRCEE).

Haverá, ao seu turno, a responsabilização subsidiária do Poder Público com os titulares de órgãos, funcionários e agentes se as ações ou omissões forem cometidas no exercício das funções públicas e, por causa desse exercício, houve a configuração do dano ao terceiro (art. 9.º, 1, RRCEE).

Por fim, haverá o dever de regresso sempre que apurada a culpa grave ou o dolo por parte do agente público.

Como vimos, o arcabouço jurídico português nos permite responsabilizar o Poder Público por conduta omissiva no Poder de Fiscalizar a execução do contrato de trabalho temporário. Entretanto, a morosidade na atividade jurisdicional faz com que o Estado português permaneça de certo modo “irresponsável” pelos prejuízos que seus agentes - em sentido amplo - venham a ocasionar na esfera jurídica dos administrados. É o que nos relata Carla Amado Gomes ¹⁹⁹:

O atraso na administração da justiça é, de resto, o grande responsável pela exiguidade de decisões de casos de efectivação da responsabilidade civil extracontratual de entes públicos à luz do RRCEE nos tribunais superiores. De há 10 anos a esta parte, não chegou ainda a nenhum dos Tribunais Centrais, ou ao STA, qualquer caso que envolvesse a decisão de fundo de uma pretensão indemnizatória, por facto ilícito, pelo risco ou de compensação por facto lícito, enquadrada pelo RRCEE. Esta situação provoca um sentimento de descrença no sistema de justiça administrativa e indica um padrão de irresponsabilidade do

¹⁹⁷ Conforme artigo 9º, item 1, do RRCEE.

¹⁹⁸ Até prova em contrário – presunção relativa.

¹⁹⁹ GOMES, Carla Amado. GOMES, Carla Amado. *Brevíssima reflexão sobre a (ir)responsabilidade civil extracontratual do Estado: Op. cit. pág. 147.*

Estado pelo mau funcionamento deste sistema, pois uma justiça tardia é sempre, ainda que atenuada por uma compensação pecuniária, uma má justiça (justice delayed is justice denied, na síntese anglosaxónica).

Entendemos que as ferramentas acima expostas são eficazes para reprimir a noção de irresponsabilidade do Estado. Faltam, entretanto, mecanismos para transformar a realidade da produção jurisdicional.

Quem sabe o *outsourcing* venha a representar uma alternativa eficaz para que se obtenha um judiciário menos moroso em um futuro próximo?

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 Brasil - Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010

Redirecionando novamente o foco da pesquisa ao cenário jurídico brasileiro, cabe-nos analisar pormenorizadamente o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010, proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que declarou ser constitucional a redação do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos - segundo o qual:

“a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

Tal ação foi movida pelo Poder Executivo do Distrito Federal com intuito de obter da Corte Suprema brasileira a exclusão da responsabilidade do ente público pelo pagamento encargos trabalhistas, fiscais e sociais, em situações de inadimplência do contratado (empresa de terceirização).

Segundo a parte autora da citada ação, o Tribunal Superior do Trabalho – TST estaria negando vigência ao referido comando legal, cujo entendimento já se encontra sumulado por meio do seu enunciado de nº 331, em sentido diametralmente oposto ao preconizado pela norma ora referida, ao responsabilizar a Administração Pública, direta e indireta, quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas quando tais entes estiverem na

condição de tomadores do serviço e a empresa de trabalho temporário ou de terceirização de mão de obra não o faça (responsabilidade subsidiária).

Àquela altura, o inciso IV da Súmula 331 do TST possuía a seguinte redação:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)”.

Segundo a tese defendida pelo Distrito Federal, o entendimento contido no inciso acima transcrito ofenderia a diversos princípios constitucionais, dentre eles o da legalidade, o da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo ²⁰⁰.

Houve o requerimento de medida liminar objetivando a suspensão imediata dos processos envolvendo a matéria sob análise, ficando os tribunais trabalhistas impedidos de proferir decisões contrárias às prescrições do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Foi requerida, outrossim, a suspensão dos efeitos de quaisquer decisões proferidas em dissonância às referidas cominações. Tal medida não foi deferida de plano, havendo recurso quanto a essa decisão. As manifestações de praxe foram observadas.

Deixaremos escapar as discussões que rodeiam o mérito da causa por não interessarem ao objeto do presente estudo.

3.2 O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho – TST

As condenações da Administração em responsabilidade subsidiária, oriundas da justiça laboral brasileira, estão fundadas no conceito de responsabilidade objetiva da Administração ²⁰¹, consagrado no art. 37, §6º da CF/88 ²⁰², sob a modalidade de risco

²⁰⁰ Cf. ADC 16/2010, pág. 3.

²⁰¹ Este entendimento, ao nosso sentir e aos olhos do STF, se mostra equivocado, pois o caso seria de responsabilidade extracontratual, carecendo da demonstração de culpa da Administração (*in vigilando* ou *in eligendo*) e do nexo de causalidade entre a ação/omissão do poder público e os prejuízos causados ao trabalhador.

²⁰² § 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

administrativo, implicando no dever de indenizar o dano decorrente da atuação direta ou indireta da Administração ou seus contratados ²⁰³ ²⁰⁴.

O verbete sumular proferido pela corte superior trabalhista exigia (e ainda exige) a participação do ente público na relação processual de modo a facultar à Administração a possibilidade de demonstrar o cumprimento do seu dever legal de supervisão e fiscalização - o que não vinha a acontecer em grande parte das reclamações àquela altura, daí a responsabilização - quanto à adimplência do contratado com relação aos encargos trabalhistas relacionados à mão de obra a si terceirizada, em homenagem e obediência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa.

Desonerada desse dever, demonstrada, no procedimento licitatório, a existência de mecanismos de supervisão capazes de viabilizar a retenção de pagamentos para honrar os débitos trabalhistas dos empregados “cedidos” para o Poder Público, bem como a comprovação da ocorrência de efetiva fiscalização do cumprimento contratual quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas e sociais a cargo da empresa de terceirização, a Administração atrairia a aplicação das disposições do §1º, do art. 71 da lei de licitações, afastando a responsabilidade subsidiária nestas situações.

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência impetrado perante o Tribunal Superior do Trabalho - TST, sob o nº TST-IUJ-RR-297.751/96, afastou uma interpretação meramente literal do §1º do art. 71 da lei de licitações, ao privilegiar uma interpretação sistemática deste diploma legal, sob os auspícios de princípios basilares do direito administrativo, dentre eles o da legalidade, da impessoalidade e, sobretudo, da moralidade pública, “*que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica*”²⁰⁵.

Soma-se a esse fundamento todo o arcabouço jurídico laborativo que objetiva a proteção do hipossuficiente (empregado), além de diversas prescrições constitucionais, dentre as quais se destaca a restrição à participação em processos licitatórios ou ao recebimento de incentivos fiscais por parte de empresas em débito para com a Seguridade Social (art. 195, §3º, da CF/88).

²⁰³ Brasil. TST-IUJ-RR-297.751/96, excerto do constante do voto da Ministra Carmem Lúcia no julgamento da ADC nº 16/2010, pág. 29.

²⁰⁴ Segundo ABDALA, Lara Bastos *et all*, “*a obrigação aqui não resulta no pagamento dos débitos trabalhistas, mas sim de uma indenização ao terceiro prejudicado*”. *Op. cit.* pág. 185.

²⁰⁵ Brasil. TST-IUJ-RR-297.751/96, excerto do constante do voto da Ministra Carmem Lúcia no julgamento da ADC nº 16/2010, pág. 28.

Os fundamentos apresentados pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST ao proferir sua Súmula de Jurisprudência nº 331 levaram em consideração que a interpretação literal do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, em detrimento da constatação de um comportamento omissivo ou comissivo, mas irregular da Administração no seu dever de fiscalização do contrato, implicaria:

“menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e nem pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica”²⁰⁶.

3.2.1 Principais ideias dos votos condutores da ADC

Nos termos do voto da Ministra Carmem Lúcia, proferido no julgamento da ADC 16/2010 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o afastamento, por parte do TST, das disposições do §1º do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 teria como premissa o distanciamento, por parte da Administração Pública, quanto aos limites e exigências a ela impostos pela lei em comento, no que diz respeito à gestão dos contratos administrativos, em situações em que esteja patente a conduta omissiva do ente público quanto ao seu dever de fiscalização e se mostrem configuradas as chamadas culpas *in eligendo* ou *in vigilando*, ambas institutos do Direito Civil .

A referida omissão administrativa receberia a reprimenda da responsabilidade subsidiária pelo fato de atingir diretamente o patrimônio jurídico do trabalhador.

A Ministra fez registrar em seu voto, colacionando excertos do Processo: TST-IUJ-RR-297.751/96, que a própria lei de licitações exige dos licitantes a demonstração de regularidades fiscal, econômica e financeira, além da comprovação de idoneidade para suportar os riscos da atividade do futuro contrato administrativo.

O mérito da causa passou pela delimitação dos limites constitucionais da questão levada à análise daquela Corte Suprema.

²⁰⁶ Brasil. ADC nº 16/2010, pág. 40.

A eventual declaração de constitucionalidade do §1º do artigo 71 das Lei nº 8.666/93, nos termos do voto em apreciação, deveria encontrar eco nas disposições do art. 37, inciso XXI ²⁰⁷ da Constituição Federal de 1988 ²⁰⁸.

A Administração Pública não poderia vir a ser responsabilizada por eventual inadimplemento trabalhista por parte de seus contratados por faltar disposição legal nesse sentido, tendo como fundamento dessa afirmação o princípio constitucional da estrita legalidade, que rege os atos administrativos no ordenamento em questão ²⁰⁹, concluiu a Ministra.

Há que se ressaltar que, no direito brasileiro, a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei prescreve; enquanto que o particular pode fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíbe.

No sentir da Ministra Carmem Lúcia, as disposições do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 já determinam incumbir exclusivamente à empresa contratada o ônus sobre o pagamento das obrigações trabalhistas e conclui que tais disposições não contrariam a constituição brasileira.

A responsabilização de qualquer ente público brasileiro exige a comprovação de que o dano teve origem em ato omissivo ou comissivo de agente público.

No ponto de vista de Carmem Lúcia, o dano em questão seria exclusivamente causado por terceiro, estranho ao conceito da Administração Pública, uma empresa por si contratada, a qual não pode jamais vir a ser considerada como agente público, para atender às prescrições constitucionais antes mencionadas. Nem mesmo o conceito de responsabilidade objetiva do Estado se prestaria a conferir validade a tal entendimento.

Ressalte-se, por oportuno, contrariando a afirmação da Ministra Carmem, que o art. 71, §2º ²¹⁰ da Lei no. 8.666/93 determina responsabilidade solidária da Administração Pública quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, além de prescrever a obrigatoriedade de acompanhamento e fiscalização da execução

²⁰⁷ Brasil. Constituição Federal. Art. 37, XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

²⁰⁸ Pág. 32.

²⁰⁹ “A única crítica que se poderia fazer ao TST seria a inovação legislativa, no sentido de imputar responsabilidade sem respaldo legal. Repisa-se, porém, que isto é resolvido pela interpretação sistêmica do ordenamento”. MARTINS, Raquel de Siqueira. *Op. cit.* pág. 7.

²¹⁰ Brasil. Lei no. 8.666/93. Art. 71, § 2º: *A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*

contratual pelo ente contratante, segundo disciplina o artigo 58, item III ²¹¹ e art. 67 ²¹², ambos do mesmo diploma legal.

Ainda assim, a Ministra Carmem Lúcia considerou que eventual descumprimento por parte da Administração quanto ao seu dever de fiscalização dos contratos administrativos não transferiria automaticamente a esta responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas pois, quando o Poder Público é o tomador dos serviços terceirizados, não sendo possível cogitar a formação de um vínculo estatutário com o empregado terceirizado (diante da obrigatoriedade constitucional de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos).

Segundo ela, mesmo que houvesse a formação de vínculo, tal fato em nada teria correlação com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do §1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93.

A Ministra arrematou seu voto ao afirmar que o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não exclui da Administração o dever de observância aos princípios da legalidade e moralidade, mas afirmou que tais mandamentos não justificam que a administração seja chamada a responder em juízo por eventuais inadimplementos de verbas trabalhistas. Votou pela constitucionalidade do dispositivo.

Esclareçamos, por oportuno, que os parágrafos acima cuidaram apenas da descrição do entendimento da Ministra Carmem Lúcia e não representam o entendimento deste pesquisador.

Já o Ministro Relator, Cezar Peluso, então presidente daquela Corte, ressaltou que seu voto ²¹³ concluía pela carência da ação, por falta de interesse processual ou de agir ²¹⁴, uma vez não ter sido demonstrada pela parte autora a preexistência de controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, além de se mostrar necessária, em ações dessa natureza, a apresentação de argumentos favoráveis e contrários à declaração da constitucionalidade do ato normativo em questão.

²¹¹ Brasil. Lei no. 8.666/93. Art. 58: *O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III - fiscalizar-lhes a execução;*

²¹² Brasil. Lei no. 8.666/93. Art. 67: *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

²¹³ Apesar de vencido em seu entendimento quanto à admissibilidade da ADC 16/2010, seu voto foi considerado condutor da questão de mérito, a despeito da tese da Ministra Carmem Lúcia ter sido a tese vencedora.

²¹⁴ Com fundamento no art. 14, III, da Lei federal nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Ministro Relator, a declaração da constitucionalidade do referido dispositivo da Lei de Licitações em nada mudaria o entendimento consagrado no Tribunal Superior do Trabalho – TST, o qual fundamenta sua decisão pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública em fatos ou no comportamento omissivo desta. Assevera o Ministro Relator que a corte máxima trabalhista brasileira condiciona o deferimento da responsabilidade subsidiária à participação da Administração no polo passivo da reclamação, resguardados o contraditório e a ampla defesa, e que o Poder Público conste do título executivo judicial.

3.2.2 Análise crítica das decisões

As exigências documentais contidas na Lei de Licitações, se cumpridas pela Administração quando da elaboração do certame licitatório, e uma vez comprovado o escorreito exercício do dever de fiscalização, restaria afastada a configuração da culpa *in eligendo*, pois a empresa de terceirização vencedora do certame e futura contratada deverá comprovar sua habilitação jurídica, as qualificações técnica e econômico-financeira, além de regularidades fiscal e trabalhista durante toda a vigência contratual ²¹⁵.

Há quem compreenda que “*o simples fato da Administração Pública ter de realizar um procedimento de licitação conforme ditames legais afasta, de imediato, a culpa administrativa na modalidade in eligendo, considerando que ela não dispõe de total liberdade para eleger seus contratados*”²¹⁶.

Trocando em miúdos, as interessadas no futuro contrato administrativo devem estar quites com o fisco de todas as esferas de governo, seguridade e outros encargos sociais do trabalho ²¹⁷; devem estar devidamente registradas perante uma “junta comercial” - órgão de registo de comércio - e, em algumas situações, possuir índices que denotem as capacidades econômica e financeira ²¹⁸ de suportar os custos decorrentes da execução contratual, sendo admissível e, em alguns casos recomendável, a apresentação de “garantias de execução contratual”, sob a forma de seguro-garantia, fiança bancária, títulos da dívida pública ou mesmo determinado valor em moeda corrente ²¹⁹.

²¹⁵ Brasil. Lei no. 8.666/93, art. 27 e seguintes.

²¹⁶ Nesse sentido, GOMES E SILVA, Wesley Adileu. *Op. cit.* pág. 7.

²¹⁷ Brasil. Lei no. 8.666/93, art. 29.

²¹⁸ Brasil. Lei no. 8.666/93, art. 31.

²¹⁹ Brasil. Lei no. 8.666/93, art. 56.

Somam-se a essas exigências de comprovação da sanidade financeira empresarial para a celebração de contratos administrativos, a possibilidade da Administração exigir a comprovação, por parte das empresas licitantes, da execução anterior de serviços com semelhantes natureza e complexidade, por meio da apresentação dos chamados “atestados de capacidade técnica” que consistem em declarações emitidas por empresas, órgãos ou entidades de naturezas públicas ou privadas, comprovando a execução contratual anterior e o regular desempenho da proponente em experiências pretéritas.

Ao nosso sentir, o judiciário trabalhista deveria estar atento a certas particularidades da declaração da constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Compreendemos que, com a devida vênia, não houve por parte da Ministra Carmem Lúcia uma interpretação lógica e sistemática da lei de licitações, no que diz respeito às obrigações impostas à Administração, na qualidade de contratante, em especial os deveres de acompanhamento e fiscalização da execução contratual, conforme já mencionado alhures.

A referida Ministra reconhece a existência e constitucionalidade desses dispositivos, mas alega não haver previsão legal para a imposição da responsabilidade subsidiária.

Um dos fundamentos que servia de amparo para o entendimento do TST diz respeito à pretensa responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade de risco administrativo, consagrada no artigo 37, §6º, da CF/88 ²²⁰.

No sentir da Ministra Carmem Lúcia e da maior parte da doutrina brasileira, à qual nos filiamos, eventual responsabilidade da Administração seria extracontratual ²²¹ e não encontraria fundamento no art. 37, §6º da CF/88, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, como teria compreendido o TST ²²².

²²⁰ Brasil. Constituição Federal. Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

²²¹ *É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.* CAHALIL, Yussef Said. *Op. cit.* pág. 15.

²²² Nesse sentido, DE OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques. *Op. cit.* pág. 773.

Para o direito brasileiro, esclareçamos, há dois tipos de responsabilidades que permeiam as atividades do Poder Público:

*“Como não se desconhece, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, deve-se esclarecer que essa responsabilidade desenvolveu-se em dois planos distintos: aquele que decorre da obrigação de reparar por força da teoria do risco administrativo, de sorte que basta a ação, o nexo de causalidade e o resultado lesivo para nascer a obrigação de reparar, tendo em vista a necessidade de o Estado tutelar o cidadão; e o que decorre da omissão, de sua má atuação, das falhas do serviço e, então, nestes casos, o Estado se equipare a qualquer outra pessoa e responderá subjetivamente se atuou mediante culpa”*²²³.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros²²⁴:

*“É que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento de um equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil... ...A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa função funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização”*²²⁵.

A doutrina naquele ordenamento tem se debruçado acerca dos fundamentos da responsabilidade inserta na Constituição Federal de 1988, tida como responsabilidade objetiva do Estado²²⁶:

“A expressão “seus agentes”, “nessa qualidade”, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente.

²²³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 966.

²²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* pág 359.

²²⁵ Alice Monteiro de Barros cita JOSSERAND, Louis, *L'évolution de la responsabilité, in Évolutions et actualités* (Conference de droit civil). Paris: Sirey, 1936, pág. 29.

²²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, pág. 261.

Rui Stoco analisa a Teoria do Risco Administrativo como aquela que:

“obriga a que o Estado indenize o terceiro prejudicado independentemente de se tratar de ato ilícito em sua gênese, encontra fundamento no Direito constitucional dos povos civilizados e, especialmente, no princípio da igualdade, ou seja, tanto é importante a igualdade de direitos, como também a igualdade de encargos. Assim, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa”²²⁷.

O mesmo Rui Stoco define, com simplicidade, também a responsabilidade subjetiva do Estado, que consiste *“na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder”²²⁸*.

Portanto, a responsabilidade civil do Estado nos casos de inadimplemento das empresas de trabalho temporário (terceirização de mão de obra) encontra fundamento no dever de agir do Estado, ou seja, de fiscalizar ²²⁹ os contratos administrativos (art. 58, III e art. 67 da Lei no. 8.666/93) que envolvem a utilização de mão de obra, com fundamento na responsabilidade subjetiva do Estado ²³⁰, fundamentada na ideia de culpa do agente público em sentido amplo.

Rui Stoco possui entendimento que converge à lição de Eliana Calmon (RT 836/151) ²³¹:

“Portanto, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa”²³², visto que só a inação ilícita rende

²²⁷ Op. cit. pág. 966

²²⁸ Op. cit. pág. 997.

²²⁹ Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. CAHALIL, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado* – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 17

²³⁰ Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluído o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. CAHALIL, Yussef Said. Op. cit. pág. 17/18

²³¹ Op. cit. pág. 997.

²³² A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode receber censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser

ensejo a indenização. Se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade”.

Há que se ressaltar, por conveniência, quais são os elementos necessários à configuração da responsabilidade subjetiva no direito brasileiro:

“Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil”, ...²³³.

Vejamos, a propósito, como se encontra positivada a Responsabilidade Civil no Código Civil brasileiro:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito ²³⁴.

Ressalte-se, por outro lado, que, nas situações em que é aceitável a responsabilização objetiva da Administração ou seus prepostos, as empresas contratadas estão a prestar diretamente “serviços públicos” propriamente ditos, o que não é a situação objeto do presente estudo, eis que as empresas de terceirização estão a desempenhar as denominadas atividades meio, atividades de suporte aos serviços públicos propriamente ditos, dada a ausência de permissivos legais à terceirização das atividades fins no Estado brasileiro.

Lara Bastos Abdala *et all* afirmam que a responsabilidade extracontratual do Estado (também chamada de responsabilidade civil da administração) encontra fundamento na teoria da causalidade imediata ²³⁵.

Conforme o civilista Agostinho Alvim, citado na obra referida no parágrafo anterior:

“suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é a única,

a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. CAHALIL, Yussef Said. *Op. cit.* pág. 16.

²³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, pág. 18.

²³⁴ Brasil. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 - Institui o Código Civil.

²³⁵ *Op. cit.* pág. 185.

porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução” ²³⁶.

No caso em análise, se a Administração verdadeiramente executa uma fiscalização contatual adequada, há como evitar que os empregados contratados pelas empresas de terceirização deixem de receber seus direitos. Assim, a omissão do Poder Público possui ligação estreita com os danos causados aos empregados terceirizados.

Há, na hipótese analisada, o elemento “culpa” que não se amolda ao conceito de responsabilidade objetiva do Poder Público, como erroneamente entendia o TST.

No sentir de Rosildo Bonfim *“a responsabilidade objetiva da Administração Pública não serve para imputar ao Ente Estatal responsabilidade subsidiária porque pressupõe a existência de ato ilícito praticado pelo Estado, o que não ocorre nas hipóteses em que se efetiva fiscalização da Administração Pública quanto à idoneidade financeira da prestadora de serviço”* ²³⁷.

3.3 Os efeitos da ADC 16/2010 junto ao TST

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010 foi conhecida e culminou com a declaração da constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST, após ciência da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, reformulou a redação do inciso IV e seguintes da Súmula 331, cuja redação passou a prever:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de

²³⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1972, pág. 356.

²³⁷ BONFIM, Rosildo. *Op. cit.* pág. 137.

21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Mesmo diante do julgamento da ADC no. 16/2010 e da reformulação de seu verbete sumular, o TST não se dignou a alterar, exceto em casos muito evidentes, seu hábito de reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública naquelas situações em que o atuar processual do Poder Público não se desincumbe de comprovar efetivamente o exercício de uma fiscalização contratual eficiente e a existência de mecanismos editais e contratuais visando ao resguardo do pagamento das verbas de caráter salarial e encargos sociais correspondentes, mediante a retenção de pagamentos devidos à empresa contratada, por exemplo.

Vejamos então como ficou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST após o julgamento da ADC 16/2010:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. DECISÃO DO STF NA ADC 16. ÔNUS DA PROVA. Demonstrada a má-aplicação da Súmula n.º 331, V, deste Tribunal Superior à hipótese dos autos, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento a fim de determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. DECISÃO DO STF NA ADC 16. ÔNUS DA PROVA. 1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação declaratória de constitucionalidade, firmando o seguinte entendimento: "(...) Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. (...)” (excerto do v. acórdão proferido na ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe nº 173, divulgado em 08/09/2011). 2. Aferida tal decisão, na hipótese de terceirização lícita, não há responsabilidade contratual da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados,

conforme a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 3. Contudo, o acórdão proferido na ADC 16 pelo Pretório Excelso não sacramenta a intangibilidade absoluta da Administração Pública pelo descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados lesados quando terceiriza serviços. 4. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei 8.666/93. 5. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Reclamação n.º 13.272, Relatora Ministra Rosa Weber, Dje 03/09/2012, em sede liminar, sufragou entendimento no sentido de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de sua conduta comissiva. 6. No caso dos autos, o Regional, após análise do conteúdo fático-probatório, concluiu que a reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de culpa in vigilando do ente público no tocante ao contrato de prestação de serviços, razão por que manteve a decisão de origem mediante a qual não se reconheceu a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços. 7. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR - 102700-89.2009.5.02.0444 , Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamago Pertence, Data de Julgamento: 25/11/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015).

Da ementa acima, em suma, depreende-se que a questão ficou assente na jurisprudência brasileira sobre os seguintes fundamentos:

1. A responsabilidade da Administração Pública é extracontratual, uma vez que o empregado lesado não possui liame jurídico que o una ao ente público diretamente;
2. A declaração da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não implica em uma intangibilidade absoluta do Poder Público;
3. Inconteste, por disposição legal, o dever de fiscalização dos contratos de terceirização por parte da Administração;
4. O ônus de comprovar a fiscalização contratual recai sobre o ente público ²³⁸.

Leonardo de Melo Cafaro entende que, como o §1º do art. 71 da Lei 8.666/93 veda expressamente a transferência de qualquer encargo à Administração Pública em razão do

²³⁸ Segundo CAFARO, Leonardo de Melo. *Op. cit.* pág. 281, deve-se apurar se a mesma tinha o efetivo dever de agir, ou se cabia ao trabalhador a providência de comunicar a Administração Pública a existência de possível irregularidade trabalhista.

inadimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias pela empresa de terceirização de mão de obra, seria um equívoco a responsabilização subsidiária do Poder Público em parcelas tais como salários retidos, décimo terceiro salário, FGTS ²³⁹, entre outras, defendendo que, em tais situações, esses pagamentos deveriam ser ultimados somente a título de indenização:

“Ora, se estamos no campo da responsabilidade civil, o dano deveria ser também civil, ou seja, dano moral (com as devidas considerações na esfera trabalhista) ou material (de deveriam ter caráter proporcional e razoável), e não atribuir-se a responsabilidade o caráter trabalhista (cujo dano decorreria na fixação especificamente de verbas trabalhistas como férias, 13º salário, FGTS, etc.). Desta forma, no nosso modo de ver, fixar a responsabilidade trabalhista como sendo o objeto da condenação da Administração Pública, ainda que em caráter subsidiário, seria transferir encargo trabalhista para a Administração Pública o que vai de encontro com o texto legal, sendo, portanto, medida eivada de vício de caráter manifesto ²⁴⁰”.

Não comungamos da mesma compreensão, eis que as verbas trabalhistas à exemplo das férias, 13º salário, FGTS, etc., são devidas aos empregados postos à disposição do Poder Público e a legislação civil, de aplicação subsidiária em lesões dessa natureza, determina o dever de indenizar de modo a tentar aproximar ao ofendido um retorno à situação mais próxima àquela que existiria sem a ocorrência da omissão administrativa que traz prejuízos ao empregado.

Marcel Lopes Machado ²⁴¹ possui o entendimento de que a ausência de fiscalização contratual provoca danos a toda uma coletividade de trabalhadores:

“Ao descumprir esse dever legal, e, inadimplidas as obrigações da prestadora de serviços com seus trabalhadores, caracteriza-se o dano coletivo a toda uma categoria profissional, com a concorrência culposa por omissão do Poder Público, o que materializa sua responsabilidade subjetiva”.

²³⁹ Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, uma espécie de poupança forçada, realizada pelo empregador em percentual equivalente a 8% sobre as verbas de caráter salarial, depósitos estes que serão liberados em favor dos empregados em situações específicas previstas em lei, dentre elas, as situações de desemprego voluntário, reforma, aquisição da casa própria, dentre outras.

²⁴⁰ CAFARO, Leonardo de Melo. *Op. cit.* pág. 282.

²⁴¹ MACHADO, Marcel Lopes. *Responsabilidade da administração pública direta e indireta*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, jul./dez.2010, pág. 166.

E compreende que a responsabilidade da Administração Pública deveria ser solidária, ao invés de subsidiária:

E, segundo a teoria geral da responsabilidade civil, todos aqueles que concorrem para o evento danoso, comissiva/omissivamente, são responsáveis solidários pelas consequências, arts. 186 e 942 do CC.

Logo, a Administração Pública direta e indireta, por questão de Direito e Justiça, é corresponsável solidária pelos créditos sociais do trabalho, § 1º do art. 100 da CR/88, e pelos créditos previdenciários, § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e art. 186 do CTN (Código Tributário Nacional), pela inadimplência dos empregadores/devedores, por culpa in eligendo e in vigilando, art. 186 do CC (Código Civil Brasileiro), no dever de fiscalização do contrato e cumprimento da ordem constitucional e legal trabalhista, § 6º do art. 37 da CR/88 e art. 67 da Lei n. 8.666/93 ²⁴²”.

O citado autor justifica seu posicionamento pela “solidariedade” em detrimento da “subsidiariedade” nas disposições do art. 265, combinadas com as do § único do art. 942 do Código Civil Brasileiro, segundo as quais ²⁴³:

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Esclareçamos que o entendimento de Marcel Lopes não é comungado pela maior parte da doutrina brasileira.

Vólia Bonfim Cassar possui o particular entendimento de que haveria uma responsabilidade indireta do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas

²⁴² MACHADO, Marcel Lopes. *Op. cit.* pág. 166.

²⁴³ MACHADO, Marcel Lopes. *Op. cit.* pág. 168.

pelas empresas de terceirização de mão de obra seria fruto na presunção de culpa da Administração, mas, também, na responsabilidade objetiva ²⁴⁴.

“O tomador de serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora dos serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (in eligendo), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora dos serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador”.

Raquel de Siqueira Martins ²⁴⁵ compreende que os efeitos da ADC 16 acabaram por se anular. Segundo a autora, os efeitos dessa decisão facultou à justiça do trabalho que todas as reclamações onde se discute terceirização continuassem a ser julgadas da mesma forma que antes: relegando-se a aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. E vai mais além, ao afirmar que, em situações dessa natureza, diante da marcada hipossuficiência do empregado, haverá a inversão do ônus da prova, ficando ao encargo do Poder Público comprovar o exercício do seu dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos que envolvam a cessão de mão de obra:

“Na prática, juiz do trabalho algum confere à exaustão se o contrato foi fiscalizado ou não. Continua-se a adotar a falta presuntiva da Administração, até porque, se tais verbas não vinham sendo adimplidas pelo prestador, parece evidente que a Administração não fiscalizou, mesmo, a execução do contrato. Aliás, sendo o ônus da prova invertido no processo laboral, competirá sempre ao Poder Público provar que fiscalizou o prestador do serviço”.

A alteração na Súmula nº 331 do TST vem reafirmar esse dever de comprovação do exercício dos deveres de acompanhamento e fiscalização contratuais a ser levado a cabo por cada ente público que venha a compor uma relação processual trabalhista onde sejam pleiteadas verbas trabalhistas inadimplidas por empresas de terceirização de mão de obra.

²⁴⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. *Op. cit.* pág. 360.

²⁴⁵ MARTINS, Raquel de Siqueira. *Op. cit.* pág. 7 - 8.

Alice Monteiro de Barros ressalta não haver a necessidade primeira de tentar exaurir a execução contra os sócios da devedora principal, sendo mais coerente com os postulados do direito laboral avançar na execução contra a responsável subsidiária ²⁴⁶:

“mostra-se mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com a consequente exigência de celeridade em sua satisfação o entendimento de que, não sendo possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele próprio contratou”.

Mesmo diante de decisões amoldadas ao entendimento do STF pós ADC 16/2010, em um grande número de processos trabalhistas, o TST manteve-se a decretar a responsabilidade subsidiária da Administração brasileira, o que fez com que o governo do Distrito Federal interpusse um Recurso Extraordinário, o qual será objeto de análise detida no próximo capítulo.

3.4 O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF na decisão do Recurso Extraordinário 760.931, do Distrito Federal, datada de 26/04/2017 que avaliou a responsabilidade do Poder Público nesse tipo de contratação.

Nosso objetivo neste tópico cuida de averiguar se permanece a responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços e se houve alteração quanto ao entendimento consagrado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST quanto à necessidade de comprovação da culpa *in vigilando* do ente público, o tomador do serviço, na supervisão do contrato de terceirização de mão de obra, para a definição dessa responsabilidade.

A bem da verdade, esta segunda apreciação judicial da responsabilidade subsidiária da Administração em casos de inadimplemento de verbas rescisórias por empresas de terceirização de mão de obra se deve ao fato de que as novas decisões proferidas pela

²⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* pág. 361.

Justiça do Trabalho, em pretensão cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, passaram a ser fundamentadas, muitas vezes, em uma afirmação genérica de culpa²⁴⁷.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, do Distrito Federal, em decisão datada de 26/04/2017, revisitou a responsabilidade do poder público nesse tipo de contratação, modificando o cenário jurisprudencial trabalhista brasileiro.

Tal decisão pode ser condensada na seguinte ementa:

*Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”*²⁴⁸.

Como já aludido no capítulo anterior, durante aproximadamente onze anos, o Tribunal Superior do Trabalho – TST manteve consagrado o entendimento de que:

*o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)*²⁴⁹.

As exigências para a configuração da responsabilidade subsidiária eram apenas a participação do ente público na relação processual, com o intuito de facultar a ampla defesa deste, e também essa responsabilização deveria constar de decisão definitiva de mérito transitada em julgado.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931 fixou a seguinte tese de repercussão geral:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade

²⁴⁷ RE 760931 / DF, pág 253/254.

²⁴⁸ Item IX da Ementa do Acórdão do Recurso Extraordinário 760.931

²⁴⁹ Segundo o inciso IV da Súmula 331 do TST – Alterado pela Res. 96/2000, DJ de 18, 19 e 20/09/2000

pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

A bem da verdade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF não poderia ter tomado direção diversa, pelo fato de já ter declarado a constitucionalidade do art. 71 da Lei no. 8.666/93 por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010.

Ainda assim, nos cabe avaliar, com maior profundidade, os fundamentos dessa mais recente decisão.

O Recurso Extraordinário 760.931 foi impetrado diante de um Acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST ²⁵⁰.

²⁵⁰ “TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº

A União Federal, em seu Recurso Extraordinário, alega violações aos art. 5º, II; art. 37, caput; art. 97 e art. 102, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988, e defende desobediência à decisão proferida em sede da ADC nº 16/2010, segundo a qual, em seu entender, vedaria a responsabilização subsidiária do ente público enquanto tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º ²⁵¹, da Constituição da República, por não se tratar de um caso de responsabilidade objetiva. Defende a tese de que o TST estaria declarando a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, em posicionamento contrário ao já decidido, a título de repercussão geral, no STF.

A decisão do TST defende a tese de que as verbas trabalhistas, mesmo assumindo a natureza pecuniária, correspondem a direitos fundamentais sociais, constitucionalmente consagrados, de relevante função extrapatrimonial, dado o seu caráter alimentar ²⁵². Que o ente público contratante tem o dever de fiscalizar o estrito cumprimento, pela contratada, de todos os direitos trabalhistas dos terceirizados que laboram para a Administração Pública, o que atrairia a aplicação da institutos do Direito Civil, dentre eles a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato lícito ²⁵³.

Embasado no princípio da legalidade administrativa e em uma interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, combinado com os art. 54, § 1º; art. 55, inciso XIII; art. 58, III; 66; 67, *caput* e seu § 1º, art. 77 e art. 78 da mesma Lei de Licitações, compreendeu que tais normas “*também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação*” ²⁵⁴.

8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo onus probandi e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido”.

²⁵¹ Brasil. Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁵² Brasil. RE 760931 / DF, pág. 30.

²⁵³ Brasil. Art. 186 e 927, *caput*, do Código Civil

²⁵⁴ Brasil. RE 760931 / DF, pág. 31.

Ressaltou o princípio da “aptidão para a prova”, compreendendo caber ao ente público a demonstração inequívoca de que adotou todas as medidas tendentes a assegurar o cumprimento dos deveres contratuais por parte da empresa terceirizadora, em observância aos ditames da Lei nº. 8.666/93.

Caso o Poder Público não venha a se desincumbir desse mister, dada sua omissão voluntária ensejadora de prejuízos aos empregados terceirizados, deverá responder subsidiariamente pelos débitos da empresa de terceirização, restando configurada a culpa *in vigilando*.

O Ministro Relator do acórdão recorrido entende que as conclusões ora defendidas se amoldam à novel versão do inciso IV da Súmula 331 do TST, que preconiza que “*o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*”, uma vez demonstrada processualmente a culpa da administração ²⁵⁵.

Como se pode observar, ambas as decisões trouxeram como entendimento a não automaticidade na responsabilização do Poder Público em casos de inadimplemento de verbas pelas empresas de terceirização.

Esta ocorrerá apenas caso o ente público não comprove, na fase de conhecimento, ter exercido adequadamente o dever de fiscalizar a execução contratual. Aliás, isto sempre foi o razoavelmente esperado das decisões do TST.

A bem da verdade, não se pode afirmar de modo categórico, como o fizeram alguns, que a responsabilização era automática nas decisões da Corte Maior Trabalhista brasileira.

A bem da verdade, e isto nos facultou a experiência profissional deste pesquisador ²⁵⁶, o Poder Público ensaia uma frágil demonstração de exercício fiscalizatório, muitas vezes desprovida de comprovação documental, em uma tese de defesa fundamentada exclusivamente nas disposições do §1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93.

²⁵⁵ O Ministro LUIZ FUX redigiu o acórdão, mesmo tendo sido a relatora a Ministra Rosa Weber, por ter defendido a tese para a repercussão geral.

²⁵⁶ À exemplo do processo nº 0000169-12.2015.5.07.0011, em trâmite na Justiça do Trabalho no Estado do Ceará. Consultas pelo sítio eletrônico www.trt7.jus.br.

Em alguns casos, já na fase de execução, o ente tenta rediscutir os mesmos fundamentos já acobertados pelo manto da coisa julgada, utilizando-se de expedientes nitidamente procrastinatórios ²⁵⁷.

Críticas à parte, entendemos que a jurisprudência brasileira caminhou bem quanto à definição dos novos parâmetros relativos à responsabilização subsidiária pública nas situações de inadimplência contra empregados terceirizados.

3.5 O caso português

Esta pesquisa também contou com uma investigação na jurisprudência laborativa portuguesa. Foram realizadas pesquisas nos sítios eletrônicos dos Tribunais Administrativos portugueses e no Supremo Tribunal Administrativo com expressões de busca genéricas, à exemplo de “trabalho temporário” ou “*outsourcing*”, de modo a recolher para análise um maior número de decisões. Nenhum dos acórdãos analisados espelhava a resolução da situação hipotética ora investigada.

Não nos foi possível identificar se a ausência de decisões judiciais demonstra que os mecanismos de proteção idealizados no Código do Trabalho português têm sido os suficientes para evitar as situações de inadimplência por parte das empresas de trabalho temporário. Ou mesmo que as entidades públicas que vêm recorrendo à figura do *outsourcing* em Portugal estão se utilizando prudentemente dos mecanismos legais alhures indicados com intuito de promover a uma efetiva fiscalização da execução contratual e investigar o pleno cumprimento, por parte do co-contratante, das obrigações que decorrem da contratação temporária vertida em benefício público. Nenhuma dessas conclusões pode ser demonstrada e fica aqui a sugestão para futuras investigações.

A bem da verdade, ainda se mostra recente a experiência portuguesa com o recurso ao Trabalho Temporário, como demonstrado pela doutrina local amalhada ao longo deste estudo.

Como bem ressaltam alguns autores portugueses, já passados mais de onze anos de vigência do Regulamento de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – RRCEE, nada ou muito pouco foi decidido em última instância sob tais fundamentos.

²⁵⁷ O que se deu nos autos do processo 0000169-12.2015.5.07.0011.

Carla Amado Gomes ²⁵⁸ também se ressentia pela ausência de julgados nos Tribunais Superiores portugueses, dada a patente morosidade da Justiça:

O atraso na administração da justiça é, de resto, o grande responsável pela exiguidade de decisões de casos de efectivação da responsabilidade civil extracontratual de entes públicos à luz do RRCEE nos tribunais superiores. De há 10 anos a esta parte, não chegou ainda a nenhum dos Tribunais Centrais, ou ao STA, qualquer caso que envolvesse a decisão de fundo de uma pretensão indemnizatória, por facto ilícito, ou pelo risco ou de compensação por facto lícito, enquadrada pelo RRCEE. Esta situação provoca um sentimento de descrença no sistema de justiça administrativa e indica um padrão de irresponsabilidade do Estado pelo mau funcionamento deste sistema, pois uma justiça tardia é sempre, ainda que atenuada por uma compensação pecuniária, uma má justiça (justice delayed is justice denied, na síntese anglosaxónica).

Mas as críticas de Carla Amado Gomes não ficam por aí ²⁵⁹:

A expectativa gerada em torno da Lei 67/2007 era, pois, grande. De um lado, porque se pensava que poderia incrementar a atribuição de indemnizações por facto da função administrativa, nomeadamente no plano da responsabilidade pelo risco, e bem assim alterar o regime de solidariedade no plano da responsabilidade por facto ilícito, legitimando a presença do funcionário faltoso e abrindo assim mais um pólo/património de imputação, de outro lado, porque se aguardava a regulamentação dos pressupostos das responsabilidades das funções jurisdicional e legislativa. Tudo isso – e mais – o regime aprovado pela Lei 67/2007 (RRCEE) fez; contudo, os resultados ficaram, nos dois últimos casos, aquém do esperado e, quanto à função administrativa, porventura além das expectativas – mas é talvez cedo para avaliar.

Como se vê, a resposta jurisdicional para as questões relacionadas à nova sistemática da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ainda demanda um tempo de que não dispõe esta investigação, que fica por aqui e ainda guarda o mesmo intuito de ter contribuído ao enfrentamento do tema, mesmo naquela parte em que se faz

²⁵⁸ GOMES, Carla Amado. *Brevíssima reflexão sobre a (ir)responsabilidade civil extracontratual do Estado: old habits die hard*. In *A Constituição e a Administração Pública. Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português* - Edição única – Lisboa: AAFDL. 2018, pág.147.

²⁵⁹ Carla Amado Gomes. *Op. cit.* pág. 145/146.

presente certa limitação ocasionada pela superficialidade do conhecimento deste pesquisador quanto ao ordenamento jurídico português.

4 CONCLUSÕES

4.1 Terceirização no Brasil

Nesta pesquisa foi possível visitar o ordenamento jurídico brasileiro e compreender o contexto histórico em que foi inserido o instituto da terceirização naquele arcabouço.

Vimos que, dada a reiterada responsabilização subsidiária do Poder Público em casos de inadimplemento das verbas trabalhistas e rescisórias por parte das empresas de terceirização, o ordenamento jurídico brasileiro passa a aceitar a figura da quarteirização, dada a obrigatoriedade da fiscalização dos deveres contratuais da empresa contratada, tornando-a popular junto aos Poderes Públicos naquele ordenamento.

Por sua vez, o judiciário trabalhista brasileiro tem reconhecido a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços também em situações de quarteirização, nos mesmos moldes da terceirização convencional.

Decreto-Lei no. 200/67 passou a determinar que a máquina estatal federal deve promover a descentralização/desconcentração de suas atividades meio, transferindo-as aos particulares por meios de contratos de “locação” de mão de obra. Tais atividades dizem respeito a serviços de apoio, instrumentais e atividades meramente executórias. Dadas tais disposições legais, nenhum dos autores pesquisados cogitam a ideia de terceirizar as chamadas atividades finalísticas do Estado.

Mas há naquele ordenamento prescrição inserta no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual *a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.*

Ainda assim, antes da recente reformulação no cenário jurisprudencial brasileiro, o Tribunal Superior do Trabalho – TST vinha estabelecendo a responsabilização imediata e subsidiária do Poder Público, desde que este haja participado da relação processual e

conste também do título executivo judicial, conforme o contido no alterado Item IV da Súmula 334 do TST.

A responsabilização de qualquer ente público brasileiro exige a comprovação de que o dano teve origem em ato omissivo ou comissivo de agente público.

Naquele país, a responsabilidade civil do Estado nos casos de inadimplemento das empresas de trabalho temporário (terceirização de mão de obra) encontra respaldo jurídico em um dever legal de agir, ou seja, o de fiscalizar os contratos administrativos que envolvem a utilização de mão de obra, conforme prescrição dos art. 58, III e art. 67, ambos da Lei no. 8.666/93.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010 foi agitada para combater essa automática responsabilização que assentava na equivocada conotação de responsabilidade objetiva do Estado. Em seu mérito, a ADC foi conhecida e declarou a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST, após ciência da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, reformulou a redação da Súmula 331, em cujos termos passou a prever que:

“os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”, “abrange(ndo) todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Mesmo após a modificação do teor da Súmula 311 TST, as decisões daquela Corte mantinham-se alinhadas na mesma direção da responsabilização automática do Poder Público, o que levou à interposição do Recurso Extraordinário nº 760.931 pelo Governo do Distrito Federal por meio do qual a Suprema Corte brasileira, o STF, chegou às seguintes conclusões acerca dessa responsabilidade:

1. A responsabilidade da Administração Pública é extracontratual, uma vez que o empregado lesado não possui liame jurídico que o una ao ente público diretamente;

2. A declaração da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não implica em uma intangibilidade absoluta do Poder Público;
3. Inconteste, por disposição legal, o dever de fiscalização dos contratos de terceirização por parte da Administração;
4. O ônus de comprovar a fiscalização contratual recai sobre o ente público, o qual, desincumbido de comprovar o exercício de seu dever fiscalizatório, estará isento de qualquer responsabilidade.

A alteração na Súmula nº 331 do TST já havia consagrado a obrigação de comprovação do exercício dos deveres de acompanhamento e fiscalização contratuais a ser levado a cabo por cada ente público que venha a compor uma relação processual trabalhista por meio da qual sejam pleiteadas verbas trabalhistas inadimplidas por empresas de terceirização de mão de obra.

Cabe ao ente público a demonstração inequívoca de que adotou todas as medidas tendentes a assegurar o cumprimento de todos os deveres contratuais por parte da empresa terceirizadora de mão de obra, em observância aos ditames da Lei no. 8.666/93.

Caso o Poder Público não venha a se desincumbir desse mister, dada sua omissão voluntária ensejadora de prejuízos aos empregados terceirizados, deverá responder subsidiariamente pelos débitos da empresa de terceirização de mão de obra, restando configurada a culpa *in vigilando*.

4.2 Trabalho Temporário em Portugal

Como vimos, o trabalho temporário em Portugal não pode ser utilizado indistintamente pelas empresas. Deve haver um motivo que justifique uma contratação por prazo determinado e com objetivos específicos. Assim, o recurso à contratação temporária de trabalhadores pela Administração Pública portuguesa pode ter por justificativa legal, de acordo com a realidade fática.

Tais hipóteses podem assegurar uma utilização do contrato de trabalho temporário em seu prazo máximo previsto em lei. Além desses permissivos, há outras hipóteses autorizadoras, entretanto por prazos inferiores, o que faria com que o objeto desta

pesquisa restasse esvaziado, como já foi dito, considerados os mecanismos de proteção ao trabalho temporário existentes no ordenamento.

Vimos que o tema recebe a denominação de *outsourcing*, que nada mais é do que a decisão de transferir a terceiros, por um determinado período de tempo, um ou mais setores de atividade de uma empresa, o fornecimento de certos bens componentes de seu processo produtivo ou a prestação de serviços que tradicionalmente eram executados pelo próprio contratante, obtendo-se, junto ao novo executor, uma relação dotada de determinado grau de estabilidade e confiança entre as partes contratantes.

Dada a predeterminação da duração da execução contratual, o legislador português estabeleceu diversos mecanismos de proteção ao trabalhador temporário, destacando-se, dentre eles, a obrigação empresarial de prestar caução na forma do art. 6º. da Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio. Com essa caução, o legislador visa garantir a responsabilidade das empresas de trabalho temporário pelo pagamento das retribuições e demais encargos com os trabalhadores temporariamente cedidos.

Nossa pesquisa no cenário jurídico português estaria impedida de avançar diante desse mecanismo de proteção, caso o legislador não houvesse estabelecido critérios de precedência para fins de rateio no pagamento por meio da caução legalmente exigida, em situações de insuficiência desta. Como o legislador não costuma desperdiçar palavras, avançamos na pesquisa para averiguar se, em situações em que o recurso ao trabalho temporário atinja a duração máxima e a caução exigida não se mostre suficiente para adimplir a todo o passivo trabalhista da empresa de trabalho temporário, haverá mecanismos de responsabilização do tomador dos serviços também no ordenamento português.

Vimos que, segundo o Código do Trabalho, há a responsabilização subsidiária do utilizador pelos primeiros 12 meses de trabalho e pelos encargos sociais correspondentes. Identificou-se que o utilizador é solidariamente responsável pela reparação dos danos emergentes de acidente de trabalho, caso deixe de cobrar a cópia da apólice de seguro de acidentes de trabalho que englobe o trabalhador temporário e a atividade a exercer por este.

Verificou-se a existência de mecanismo de proteção ao trabalhador temporário obtida por meio do Fundo de Garantia Salarial, que se destina ao pagamento de créditos de trabalhador, emergentes de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, que não

possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil.

Ainda assim, mesmo diante da existência de vários mecanismos de proteção ao trabalhador, decidimos avançar e averiguar a existência de outros modos de satisfação desse passivo. Chegou-se à conclusão de que, nos casos de contratações com duração de 2 anos, parte dessa relação - 6 meses - estaria passível de ficar a descoberto, caso os valores reunidos nas diversas garantias existentes não se mostrem suficientes à liquidação de todo o passivo.

Visitou-se então o terreno da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Fomos recebidos nesta seara pelas disposições do artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa – CRP.

Vimos que a responsabilidade civil consiste na obrigação imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão, por meio de uma reconstituição natural ou mediante uma indenização em dinheiro.

Identificou-se que o Código dos Contratos Públicos determina o exercício da fiscalização contratual de modo a assegurar a funcionalidade da realização do interesse público visado pela decisão de contratar. Essa fiscalização pode ser compreendida como a atividade desenvolvida pela Administração Pública com o objetivo de garantir o cumprimento das leis e regulamentos administrativos - controlo de legalidade, os padrões de qualidade exigíveis aos serviços públicos - controlo de qualidade, bem como a satisfação, pelos particulares, das suas obrigações legais ou contratuais ²⁶⁰.

Percorreu-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que disciplina a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de Direito Público – RRCEE. Segundo o referido diploma legal, quem esteja obrigado a reparar um dano, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. Segundo o RRCEE, a Administração Pública portuguesa responderá sempre e exclusivamente por mero fato ilícito, salvo se comprovada a culpa grave ou dolo do agente público na produção do resultado lesivo, situação em que responderá solidariamente com este.

²⁶⁰ Conforme GOMES, Carla Amado. *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*. Volume II - Lisboa: AAFDL, 2018, pág 678.

Uma vez configurada a culpa leve do agente público, a responsabilidade será exclusiva do Estado. Haverá, entretanto, o dever de regresso, caso seja apurada a culpa grave ou dolo por parte do representante da administração.

Chegamos à conclusão de que o arcabouço jurídico português nos permite responsabilizar a Administração Pública por conduta omissiva do poder de fiscalizar a execução do contrato de trabalho temporário nas situações em que se verifique a ocorrência de ato administrativo omissivo ou comissivo, praticado/omitido no exercício de funções administrativas e, por causa desse exercício/omissão, decorra, como resultado, uma violação a direitos, liberdades e garantias ou o prejuízo para outrem.

Na seara jurisprudencial, os achados não foram animadores para os objetivos da pesquisa e denotam extrema morosidade da máquina judiciária. Não foi possível concluir, sem antes realizar uma profunda pesquisa de campo, outra sugestão para pesquisas futuras, que a ausência de decisões jurisprudenciais acerca do objeto da investigação decorre da pouca vigência dos dispositivos legais protetivos do trabalho temporário e também do RRCEE.

Ainda assim, os mecanismos protetivos do trabalhador temporário aqui referenciados, de forma conjunta, nos levam a concluir estarem aptos a propiciar o adimplemento de grande parte do passivo trabalhista das empresas de trabalho temporário, mesmo em situações de dificuldades financeiras, pois o tamanho da caução é proporcional ao número de empregados destas.

Fica aqui a nossa expectativa de que semelhantes mecanismos de proteção ao trabalhador temporário venham a ser incorporadas à atual estrutura legislativa vocacionada ao trabalho terceirizado no Brasil, conferindo a segurança jurídica que merece esta particular relação de emprego, que se mostra indispensável à obtenção de uma maior competitividade empresarial em um cenário econômico globalizado e extremamente competitivo, além de constituir importante ferramenta jurídica de inserção de novos trabalhadores no mercado de trabalho.

Lisboa, 10 de julho de 2019.

5 BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Lara Bastos et BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *A Súmula 331 do TST, a ADC 16 e a fiscalização de contratos pela Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária*. <https://revistacientefico.devrybrasil.edu.br/cientefico/article/view/22/21>

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. 4ª ed. – Coimbra Editora, 2014.

BARBOSA, Atila Magno e Silva. Outsourcing-An Object of Political and Cognitive Struggle in the Brazilian Juridical Field. Dados, no. 59, vol. 2 . Rio de Janeiro. Apr/Jun 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582016000200481

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* – 6ª ed. – São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* – 7ª ed. – São Paulo: LTr, 2011.

BIANCARDI, Rosa Fernandes Magalhães. *Repercussões da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC no. 16/DF sobre a responsabilidade da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas decorrentes de terceirização de mão de obra*. Jus.com.br. Disponível em <https://jus.com.br/imprimir/40533/repercussoes-da-decisao-do-supremo-tribunal-federal-na-adc-n-16-df-sobre-a-responsabilidade-da-administracao-publica-em-relacao-a-debitos-trabalhistas-decorrentes-de-terceirizacao-de-mao-de-obra>

BIAVASCHI, Madga Barros et DROPA, Alisson. *História da súmula 331 do tribunal superior do trabalho. Dossiê: Classes sociais e transformações no mundo do trabalho*. Disponível em <https://docplayer.com.br/2771388-A-historia-da-sumula-331-do.html>

BLANPAIN, Roger. *Guidelines for Multinational Enterprises, for Ever? The OECD Guidelines, 20 years later*. The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 14/4, 337-348, 1998.

BONFIM, Rosildo. *Terceirização – Entes estatais – Súmula 331, IV, do TST – ADC 16. Responsabilidade objetiva ou subjetiva da Administração Pública?* –Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 7/2011. Disponível em

[http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRI
NCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-
RJ/48/18_REVTRT48_ROSILDO%20BOMFIM.PDF](http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRI
NCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-
RJ/48/18_REVTRT48_ROSILDO%20BOMFIM.PDF)

Brasil. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

Brasil. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.

Brasil. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Brasil. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Brasil. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Brasil. Manual Apoio Inconstitucionalidade Reforma – Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017. Ministério Público do Trabalho.

Brasil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Campinas/SP.

Brasil. STF Recurso Extraordinário 760.931 decisão de 26.04.2017.

Brasil. STF. Recurso Extraordinário 760.931 DF

Brasil. STF-RG-ARE-791932-DF.

Brasil. STJ RMS 24953-CE

Brasil. Súmula 331 TST

BRUXEL, Charles da Costa. *Administração tomadora de serviços e os contratos*. Jus.com.br. Disponível em <https://jus.com.br/imprimir/51484/a-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica-tomadora-de-servicos-a-adc-16-o-stf-o-tst-e-o-onus-da-prova>

CAFARO, Leonardo de Melo. Revista AGU no. 31. Jan/Mar 2012. *A terceirização na Administração Pública e as consequências do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria*. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/133>

CALCINI, Ricardo. *A Nova Lei da Terceirização e a Reforma Trabalhista*. Empório do Direito. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-nova-lei-da-terceirizacao-e-a-reforma-trabalhista-por-ricardo-calcini>

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho* – 16ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho* – 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CORREIA, Jorge André Alves. *Contrato Administrativo e Soberania do Estado: Referência ao problema do “outsourcing de funções de Soberania” nos domínios da Segurança Pública, da Defesa Nacional e do Sistema Prisional*. Revista de Contratos Públicos no. 10 (janeiro-abril 2014). Coimbra Editora.

COSTA, Ana Lambelho. *A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da actual legislação laboral*. I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais.

COSTA, Márcia da Silva. *Outsourcing in Brazil- old dilemmas and the need for a more including order*. Caderno EBAPE.BR, vol. 15, no. 1, Rio de Janeiro. Jan/Mar. 2017.

DA CÂMARA, Miguel Bittencourt. *A responsabilidade civil dos poderes públicos*. 1ª reimpressão. AAFDL Editora, 2017.

DA COSTA, Gabriel Almeida. *O Trabalho Temporário: Uma Relação Tripartida*. Relatório de Estágio. Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra. Coimbra, 2016.

DA FONSECA, Guilherme. *A responsabilidade civil dos poderes públicos*. 1ª ed. Coimbra Editora. Abr/2015.

DA SILVA, Cristina Maria Vieira. *Trabalho Subordinado vs Trabalho Independente*. Universidade Católica Portuguesa. Maio de 2012.

DA SILVA, Isabel Fidalgo Vieira Mateus. *Outsourcing contract: a legal perspective*. Dissertação de Mestrado em Direito dos Negócios, Europeu e Transnacional. Universidade do Minho. Escola de Direito. 2016.

DE OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques. *Terceirização no serviço público e a responsabilidade da Administração: a ADC 16 e os novos rumos da Súmula 331 do TST*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília v. 14 n. 104 Out. 2012/Jan. 2013. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/107/99>

DE SOUZA, Filipe Augusto Silveira et LEMOS, Ana Heloísa da Costa. *Outsourcing and resistance to it in Brazil*. Bill no. 4,330/04 and the actions of collective actors. Caderno EBAPE.BR, vol. 14, no. 4, Rio de Janeiro, Out/Dez. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512016000401035&lng=en&tlng=en

DELGADO, Gabriela Neves, VIANA, Márcio Túlio et AMORIM, Helder Santos. *Terceirização. Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques*. Lex Doutrina. Disponível em http://www.lambda.maxwell.ele.puc-rio.br/12932/12932_1.PDF

DELGADO, Maurício Godinho et DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/2017* – São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho* – 11ª ed. – São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho* – 12ª ed. – São Paulo: LTr, 2013.

DOS REIS, Nuno Trigo. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. In O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*. Lisboa: AAFDL, 2017.

DRAY, Guilherme. *Código do trabalho anotado* - 10ª ed. - Almedina, 2016.

DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador* – Edições Almedina, 2015.

DRAY, Guilherme. *Trabalho Temporário*. In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol IV. Almedina.

ESKILDSSEN, Casper Bjerregaard. *Insourcing and Outsourcing in a VAT Context*. INTERTAX, Volume 40, Issue 8/9. Mon Feb 11.

Estado recorre cada vez mais a Empresas de Trabalho Temporário. Publicado em Esquerda. Disponível em <http://www.esquerda.net>

FELICIANO, Ricardo et ROBERTO, José. *Responsabilidade Social Empresarial nas decisões de Offshore Outsourcing e Deslocalização*.

FERNÁNDEZ, Dídimo Castillo et VALENCIA, Adrián Sotelo. *Outsourcing and the New Labor Precariousness in Latin America*. *Latin American Perspectives*, Vol. 40, No. 5, NEW STRUCTURES FOR CAPITAL AND FORMS OF RESISTANCE (September 2013), pp. 14-26. Sage Publications, Inc.

FERREIRA, Eduardo Paz et DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Os limites da supervisão da gestão financeira pública: o recurso ao outsourcing*. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque* - Volume I. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2010.

FERREIRA, Ronaldo Nunes. *A responsabilidade subsidiária da Administração Pública na Justiça do Trabalho. A evolução do entendimento do Tribunal Superior Trabalhista*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147592>

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização - Limites Relação Emprego*. Disponível em <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com/2014/08/terceirizacao-e-os-limites-da-relacao-de.html>

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho* – 5ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES E SILVA, Wesley Adileu. *Limites e possibilidades da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado e a súmula 331 do TST*. Jus.com.br. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28071/limites-e-possibilidades-da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica-por-debitos-trabalhistas-do-contratado-e-a-sumula-n-331-do-tribunal-superior-do-trabalho>

GOMES, Carla Amado *et all*. *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos* - 2ª. Edição – Lisboa: AAFDL. 2018.

GOMES, Carla Amado. *Brevíssima reflexão sobre a (ir)responsabilidade civil extracontratual do Estado: old habits die hard*. In *A Constituição e a Administração Pública. Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português* - Edição única – Lisboa: AAFDL. 2018.

GOMES, Carla Amado. *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*. Volume II - Lisboa: AAFDL, 2018.

GOMES, Carla Amado. *Sobre o novo regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. In *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas* – Edição Única – Lisboa: AAFDL, 2010.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Responsabilidade subsidiária da Administração Pública: perguntas e respostas sobre a constitucionalidade do art. 71 da Lei no. 8.666/93*. Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/REVISTA%20DO%20TRT-ESCOLA%20JUDICIAL%20N%2046/RESPONSABILIDADE%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20ADMINISTRAÇÃO%20PÚBLICA.PDF

GROSSMAN, Gene M. and HELPMAN, Elhanan. *Outsourcing in a Global Economy*. The Review of Economic Studies, Vol. 72, No. 1 (Jan., 2005), pp. 135-159. Oxford University Press.

JORGE NETO, Francisco Ferreira et CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho* – 3ª. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira et CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *A terceirização, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/17*. Revista GEN Jurídico. Jan/2018. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/05/08/terceirizacao-o-direito-trabalho-e-lei-13-429171/>

LAMBELHO, Ana et all. *Manual de Direito do Trabalho*. 1ºed. Coimbra Editora. 2014

MACHADO, Marcel Lopes. *Responsabilidade da administração pública direta e indireta*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.161-170, jul./dez.2010. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/marcel_lopes_machado.pdf

MALAQUIAS, Marcos. *Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC 16 N° 16/DF*. Jusbrasil. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/22256>

MARCELINO, Paula et CAVALCANTE, Sávio. *Por uma definição de terceirização*. Caderno CRH, vol. 25, núm. 65, mayo-agosto, 2012, pp. 331-346. Universidade Federal da Bahia. Salvador, Brasil. Disponível em <https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/19182>

MARCELINO, Paula Pegada. *Afinal, o que é terceirização*. Vol. 8, no. 2, Dez/2007. Disponível em <http://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/1640>

MARINHO, Neimar Fantini. *Terceirização na administração pública*. – JurisWay Disponível em https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=14322

MARQUES, Ana Paula. *"Novas" legitimidades de segmentação do mercado de trabalho de jovens diplomados*. Revista Portuguesa de Educação, 2009, 22(2), pp. 85-115.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho* – 10ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Raquel de Siqueira. *Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços*. Revista Âmbito Jurídico. Jan/2018. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18073

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho* – 5ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

MATOS, Teresa Cristina Furtado et RHUKUZAGE, Serge Katembera. *A informação terceirizada: identidade e trabalho não pago na era do jornalismo digital*. Comunicação e Sociedade, vol. 28, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado*. Jusbrasil.com.br. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1027>

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito do trabalho* - 5ª ed. - Almedina, 2016.

MIZIARA, Rafael. *Nova regulamentação da terceirização não trava a quarteirização*. ostraballhistas.com.br. Disponível em <http://ostraballhistas.com.br/nova-regulamentacao-da-terceirizacao-nao-trata-de-quarteirizacao/>

MOREIRA, Maria João Marques Pacheco Botelho. *A delimitação do conceito de transmissão do estabelecimento no Direito Laboral e notas de regime*. Dissertação. Universidade de Lisboa. 2012.

MOURA, Bruno. *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas no exercício da função administrativa: uma breve análise do regime português*. SCIENTIA IURIS, Londrina, v.18, n.2, dez.2014.

MOURA, Francisco Ercílio et PRAXEDES, Antônio Torquilha. *Terceirização, Desregulação e Fragilização da Relação de Emprego no Brasil*. Atualidades Trabalhistas. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/322630535_Terceirizacao_Desregulacao_e_Fragilizacao_da_Relacao_de_Emprego_no_Brasil

MUNCK, Ronaldo. *Globalization and Labor Flexibility: The Latin American Case(s)-Latin American Perspectives*, Vol. 31, No. 4, (Jul., 2004). - Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/3184946>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho* – 26ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Adriano dos Santos. *A Terceirização na Reforma Trabalhista*. Artigo. Out/2017. Disponível em <https://www.adrianoedeboraanne.com.br/a-terceirizacao-na-reforma-trabalhista/>

OLIVEIRA, Eduardo. *Empenhamento organizacional nos trabalhadores temporários*. Psicologia, Vol. XXV (2), 2011, Edições Colibri, Lisboa, pp. 61-86.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho, parte II - situações laborais individuais* - 2ª ed. – Almedina, 2015.

PARIKH, Mihir A. et GOKHALE, Gowree. *Legal and Tax Considerations in Outsourcing*. Information Systems Outsourcing. Second Edition. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2002, 2006. Latin American Perspectives, Vol. 40, No. 5, NEW STRUCTURES FOR CAPITAL AND FORMS OF RESISTANCE (September 2013), pp. 14-26. Sage Publications, Inc.

PASTORE, José. Rev. *Terceirização: Uma realidade desamparada pela lei*. TST, Brasília, vol. 74, no 4, out/dez 2008, pág. 117/135. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/5386>

PAULO, Vicente et ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho* – 15ª. ed. – São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública?* FCGP. Disponível em <https://docplayer.com.br/17488611-Jesse-torres-pereira-junior-e-marines-restelatto-dotti-a-execucao-das-atividades-da-administracao-federal-devera-ser-amplamente-descentralizada.html>

PINTO JÚNIOR, Lauro Ribeiro. Os dilemas do Direito do Trabalho na Terceirização – ed. única – Rio de Janeiro. São Paulo. Fortaleza: ABC Editora, 2006.

PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *O contrato de outsourcing* – 1ª. ed. – Coimbra Editora, 2010.

POCHMANN, Marcio. Campinas – São Paulo. *A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho*. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228647384_A_transnacionalizacao_da_terceirizacao_na_contratacao_do_trabalho

Portugal. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040236.html>

Portugal. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo no. 419/10.9TTLMG.P1

Portugal. Acórdão n.º 16/2015 - Tribunal Constitucional - Processo n.º 115/14

Portugal. Acórdão nº 1/14.1TTPRT.P1 de Tribunal da Relação do Porto, 04 de Janeiro de 2016 - Link: <http://vlex.com/vid/728277621>

Portugal. Caderno Informativo – *Trabalho Temporário*. Autoridade para as Condições do Trabalho.

Portugal. Lei n.º 19.2007, de 22 de Maio - Trabalho Temporário.

Portugal. *O contrato de trabalho no contexto da empresa, do direito comercial e do direito das sociedades comerciais*. Centro de Estudos Judiciários. Janeiro de 2014. Série: Formação Inicial. Edição: Centro de Estudos Judiciários. Largo do Limoeiro, Lisboa. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_contrato_de_trabalho_no_contexto_da_empresa_do_direito_comercial_e_do_direito_das_sociedades_comerciais.pdf?id=9&username=guest

SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. *A Quarteirização na Administração Pública: conceitos, características e Vantagens*. Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-quarteirizacao-na-administracao-publica-conceito-caracteristicas-e-vantagens,56558.html>

SAMPAIO, Jorge Silva. *A Lei nº 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional in O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Comentários à luz da jurisprudência*. AAFDL, 2017. Coordenação: Carla Amado Gomes.

SANTOS, Thiago Alexandre dos. *Responsabilidade civil da administração pública e o inadimplemento de encargos trabalhistas na terceirização*. 2012. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31373/THIAGO%20ALEXANDRE%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SENHORA, Eloi Martins. *Controvérsias Relações Negociais Poder Público*. Scientia Iuris, Londrina, v.17, n.2, p.149-166, dez.2013 Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16389/13592>

SERRÃO, Tiago. *Alguns problemas de constitucionalidade do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. In a Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo português*. - Edição única – Lisboa: AAFDL. 2018.

SERRÃO, Tiago. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. In O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*. Lisboa: AAFDL, 2017.

Trabalho Temporário. Caderno. Centro de Estudos Judiciários. Outubro de 2014. Série: Formação Inicial. Edição: Centro de Estudos Judiciários. Largo do Limoeiro, Lisboa. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/e-book_Trabalho_temporario.pdf

TRINDADE, Rodrigo. Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do trabalho da IV Região – AMATRAIV.

União Europeia. Directiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário.

VALE, Jaime. *Comentários ao art. 16º da Lei nº 67/2007 In O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* – Edição Única – Lisboa: AAFDL, Jan/2017.

VERÇOSA, Alexandre Herculano. *Terceirização -Súmula 331 TST X ADC 16 STF*. Disponível em Jus.com.br <https://jus.com.br/artigos/21138/a-terceirizacao-a-sumula-331-do-tst-e-a-adc-16>

VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting*. Oxford, 2006.